

4.
DISSERTATIO IVRIDICA INAVGVRALIS
DE
DIVERSO PIGNORIS
ET
HYPOTHECAE IVRE

IN REGIA FRIDERICIANA
INDVLTV INCLYTI IVRISCONSULTORVM ORDINIS

PRAESIDE

ACADEMIAE DIRECTORE

DN. IVSTO HENNINGIO BOEHMERO, ICto

POTENTISSIMI PORVSSORVM REGIS CONSILIARIO INTIMO

DVCATVS MAGDEBVRGICI CANCELLARIO

ORDINIS ICTORVM PRAESIDE ORDINARIO PROFESSORE IVRIVM PRIMARIO
ET H. T. DECANO

PRO LICENTIA

SVMMOS IN VTROQVE IVRE CAPESSENDI HONORES
IN AVDITORIO MAIORI

H. L. Q. C.

D. XIII. AVGVST. A. MDCCXVIII.

PVBlico EXAMINI SVBIECTA

A

WILHELMO PHILIPPO A FLODROFF
MEVRSENSI.



HALAE MAGDEBVRGICAE,
TYPIS IOANNIS FRIDERICI GRVNERTI, ACAD. ET SENAT. TYPOGRAPHI.
MDCCXLV.



4.
DISSERTATIO IVRIDICA INAVGVRALIS
DE
DIVERSO PIGNORIS
ET
HYPOTHECAE IVRE

IN REGIA FRIDERICIANA
INDVLTV INCLYTI IVRISCONSVLTORVM ORDINIS

PRAESIDE

ACADEMIAE DIRECTORE

DN. IVSTO HENNINGIO BOEHMERO, ICto

POTENTISSIMI PORVSSORVM REGIS CONSILIARIO INTIMO

DVCATVS MAGDEBVRGICI CANCELLARIO

ORDINIS ICTORVM PRAESIDE ORDINARIO PROFESSORE IVRIVM PRIMARIO

ET H. T. DECANO

PRO LICENTIA

**SVMMOS IN VTROQVE IVRE CAPESSENDI HONORES
IN AVDITORIO MAIORI**

H. L. Q. C.

D. XIII. AVGVST. A. MDCCXVIII.

PVBlico EXAMINI SVBIECTA

A

**WILHELMO PHILIPPO A FLODROFF
MEVRSENSI.**



HALAE MAGDEBVRGICAE,
TYPIS IOANNIS FRIDERICI GRVNERTI, ACAD. ET SENAT. TYPOGRAPHI.
MDCCXLV.

DISSEMINATING
DIVERSITY
DIVERSITY

THE
THE
THE

THE
THE
THE

THE
THE
THE

THE
THE
THE



DISSERTATIO INAUGURALIS
DE
DIVERSO PIGNORIS
ET
HYPOTHECAE IVRE

CAP. I.
DE EODEM PIGNORIS ET
HYPOTHECAE IVRE.

§. I.



Inter communes hominum nœuos illud quoque non raro occurrit, quod eas res, quæ in quibusdam tantum conveniunt, pro iisdem statim *absolute* habeant, communique nomine insigniant, & temerarium ab vno ad alterum argumentum trahant. Vt alia non tangam, deprehendi, id imprimis etiam fieri solere in causis ius pignoris & hypothecæ concernentibus, vbi usus loquendi

Non recte illa, quæ inter se in quibusdam conveniunt, pro iisdem habentur.

communis & quotidianus utramque & *pignoris* & *hypothecæ* appellationem in generaliore significatione fere confundit, ut pro synonymis hæc duo in ipsis LL. Romanis sæpissime habeantur; *l. 1. D. pignor.* quæ quamvis in pluribus conveniant, in multis tamen etiam adhuc differunt. Equidem id non adeo inconueniens esse videtur, postquam iure Romano diserte asseritur, pignus & hypothecam *sonu nominis* tantum differe, *l. 5. §. 1. D. de pignor.* ideo, quod pignus *latina*, hypotheca vero *græca* vox sit; verum id tantum admitto, si in *latiori significato* pro synonymis usu vulgari accipiuntur, ubi sæpe confunduntur, vid. BRISSEONIVS *de verb. signif. voce hypotheca*: si strictiorem & singulis proprium significatum intuemur, maxima differentia inter ius utrumque re vera inuenitur, quæ in praxi quoque semper attendenda, quam etiam agnoscit imperator in *§. 7. l. d. action.* & specialius eruit GODOFRED. in *not. ad cit. l. 5. lit. k.* Operæ igitur pretium me esse facturum, duxi, si in utilitatem *scholæ* non tantum, sed etiam *fori*, in quo admodum frequens de pignoribus auditur disputatio, paulo maiori cura in diuersa utriusque iura inquirerem, simulque, ut differentia eo rectius cognosci possent, hoc capite præmitterem, in quibus una eademque iura tam pignori quam hypothecæ sint tributa.

Diuerſa acceptio pignoris & hypothecæ.

§. II. Recipit vocabulum *pignoris* varios significatus. Denotat enim quandoque ipsum *contractum* pignoratitium *§. fin. l. quib. mod. re contr. obl. & l. 1. pr. ff. de pign. act.* quandoque *rem* pignori datam, *d. §. fin. l. 3. 4. l. 13. D. b. r.* frequenter etiam *ius* in re oppignorata constitutum. *l. 1. D. in quib. caus. pign.* Germanice: Pfandrecht, Pfandschilling. Quod si in sensu latiori sumitur, comprehendit etiam *hypothecam*, quæ itidem accipitur modo pro ipsa *conventionem*, ex qua isthæc hypothecæ obligatio descendit; *l. 1. §. fin. de pact. l. 4. de pign. & hypoth.* modo pro re hypothecæ supposita; *l. 7. in f. de distract. pign.* modo pro iure hypothecæ, quod creditor ex obligatione habet. De-

Describitur vero vtrumque & *pignus* & *hypotheca*, quatenus conueniunt, quod sit *ius in re debitoris, creditori in securitatem crediti constitutum*, ex quo sequi videtur, minus recte differentiam inter hæc duo quæri, cum, quæ *definitionibus* conueniunt, eadem esse videantur. Sed multum adhuc reuera interesse, vtrum *hypotheca*, an *pignus* constituatur, vel ex eo patet, quod hoc sine *interueniente traditione* concipi non possit, *l. 238. §. 1. D. de V. S.* illa autem *nuda conuentione* contrahatur, *l. 4. D. de pignor. & hyp.* ex quo diuerso constituendi modo plura alia diuersa iura promanant. Quo magis ergo omnis euitetur confusio, distinctus vtriusque conceptus ita formandus est, vt *PIGNVS* dicatur *ius in re a debitore creditori per traditionem constitutum in crediti securitatem*; *HYPOTHECA* vero *ius in re per nudam conuentionem a creditore in crediti securitatem acquisitum possessione rei penes debitorem manente. l. 1. l. 4. de pignor.* Hoc formato conceptu, facile constat, in quibusdam *pignus* & *hypothecam* conuenire, in multis vero etiam differre.

An conueniant ratione definitionis.

§. III. Propria natura & indoles pignoris & hypothecæ, in qua (I) conueniunt, hæc est, vt non dominium, sed aliud *ius in re* creditor nanciscatur, vt de credito suo reddatur securus, debitor vero *dominus* permaneat. Ipsius *iuris in re* ratio potissimum ex effectibus cognoscitur, qui in his tribus, in iure *persequendi, retinendi & distrabendi* consistunt. Hinc recte concludunt, tam *pignus* quam *hypothecam* manere *in bonis debitoris*, & intuitu creditoris tantum *ex bonis* esse, vt dicitur in *l. 2. §. 22. d. vi bon. rapt.* adeoque non creditori, sed debitori perire, saluo debito. *l. 9. C. de pign. act.* Quamuis itaque *proprie dicta & plena alienatio* non fiat per *pignoris & hypothecæ* constitutionem; ad eam tamen via panditur, adeoque regulariter, quando res vendi vel alienari prohibetur, obligari non potest per *l. fin. C. de reb. alien. non alien.* vbi generaliter asseritur, quod prohibita alienatione per *legem, testamentum, vel pactum, hypothecæ & pignoris nexus penitus prohibitus sit*, nisi expressa

Tam pignus quam hypotheca manet in bonis debitoris.

Interim vtrouque quædam alienatio fit.

CAP. I. DE EODEM PIGNORIS

pressa permissio doceatur, vel diuersitas rationis ostendatur, *l. 24. D. de pignor. conf. l. f. §. 2. C. commun. de leg. auth. res quæ eod.* KNIPSCHILD *de fideic. famil. c. XI. §. 4.* SANDE *de probib. rer. alien. c. 1. §. 3. §. 49.* Hac de causa ut plurimum iura, maioris certitudinis gratia, expresse cauerunt, sub prohibita alienatione etiam contineri hypothecam & pignus, nec in sola generali alienationis prohibitionem acquieuerunt, uti constat ex *l. 1. §. 2. comm. de leg. ibi: satis absurdum est, & irrationabile, rem, quam in suis bonis pure non possidet, eam ad alios posse transferre vel hypothecæ pignorisue nomine obligare. conf. l. fin. C. de pact.* Sic etiam in alienatione bonorum immobilium, ad pupillos vel minores spectantium, idem constitutum est, ut sine iudicis decreto in alterum transferri aut hypotheca aut pignore affici non possint, *l. 1. D. de reb. eor. l. 7. §. 3. D. eod. tit.* NEGV-SANT. *de pign. p. 2. m. 3. n. 48. seqq.* quod etiam expresse cautum circa alienationem fundi dotalis in *pr. l. quib. alien. lic. vel non.* Fluit porro (II) ex natura pignoris & hypothecæ hæc quoque conuenientia, quod possit tertio cedi ius in pignore vel hypotheca constitutum, sine principalis actionis cessione. *l. 40. de pig. action.* Inde quando creditori chirographario legatur hypotheca vel pignus, quod defunctus aliunde habet, sine principalis actionis cessione, pro eo, quod testator ei debet ius istud competens cedenti cessum videtur, sicuti pignus alii creditori pignori dari potest. *l. 2. C. si pign. pignor. dat. sit.* MERLIN. *de pign. & hypoth. l. 4. tit. 5. q. 126. n. 7.* Neque vero pignus tantum, cuius possessionem habet creditor, alteri cedi potest, sed etiam hypotheca. Sic enim qualitas illa pignoratitia rei inhæret, ut pariter ac alia iura a principali causa separari & in alium transferri possit. Vt uterius natura utriusque (III) hanc quoque conuenientiam suggerit, quod retractus, ex statuto competens, in pignore exerceri non possit, MERLIN. *l. c. q. 184. n. 18.* quod etiam de hypotheca dicendum est. Ratio enim iuris retractus statutarii in eo posita est, ut vicini aut alii, qui-

Vtrumque ius
tertio cedi
potest.

In neutro ius
retractus lo-
sum habet.

quibus illud indulgetur, facultatem accipiant, rem soluto pretio repetendi, in aliorum possessionem translata, adeoque non alias præsupponit alienationes, quam quæ sunt pretio interueniente, & translata ipsa proprietate in alium. Eo minus autem in *hypotheca* ius istud exerceri potest, cum quidem in pignore possessio ad creditorem transeat, quæ in *hypotheca* penes debitorem manet.

§. VI. Quia pignus & hypotheca datur in *securitatem crediti*, inde (IV) quoque hæc conuenientia fuit, quod utrumque ius præsupponat *existentiam debiti* alicuius præcedentis, & creditor pignori suo incumbere possit. Proinde α) obligatio pignoratitia, tanquam accessoria, subsistere nequit, si obligatio principalis vitio nullitatis laborat, aut propter Senatus-Consult. Macedonianum & Velleianum &c. inefficax est, l. 2. *quæ res pig. vel hypoth.* quod tam in pignore quam in *hypotheca* obtinet. l. 4. D. *de pignor.* NEGVSANT. l. c. P. 3. Memb. 1. n. 8. 9. Deinde quamuis β) creditor pignori suo incumbere possit, inde tamen creditori haud permessa est priuata occupatio *hypothecæ*, vel *pignoris*, cuius possessionem amisit, l. 3. l. 22. §. *pen. de pign. act.* l. 11. C. *de pign. act.* l. 3. C. *de pignor.* cum nemo sibi met ipsi ius dicere possit, l. 13. *quod met. caus.* in quo rursus pignus & *hypotheca* paria & eadem iura habent. Facultas tamen occupandi tam pignus, cuius possessio amissa, quam *hypothecam* quandoque integra est creditori, si per pactum inuasio concessa est, debitorque non resistit, l. 3. C. *de pignor.* l. *pen. C. de pign. act.* VOET. ad D. *de pign.* §. 21. aut si debitor de fuga est suspectus, MERLIN. l. c. P. 4. t. 3. q. 104. de quo speciatim plenius agit STRVV. *de vind. priuat.* Quodsi debitor resistit, iudicis auxilio opus est, qui ex hoc pacto *executue* utroque casu procedere potest. *cit.* l. 3. Denique γ) tam pignus quam hypotheca non incipit, antequam debitum principale natum fuerit, licet vel maxime pignus vel hypothe-

Vtrobique
præsupponi-
tur existentia
debiti.

potheca antea constituta sit. *l. 4. in f. D. quæ res pign. l. 1. D. qui pot. in pign. l. 11. pr. eod.*

Vtrobique
consensus de-
sideratur.

§. V. Præterea quoque (V) in eo conueniunt, quod tam in pignoribus quam hypothecæ constitutione (si tacitum, iudiciale, & prætorium pignus excipias) *consensus* desideretur; quamuis sola destinatio non sufficiat. *l. 4. quæ res pign.* Illa enim tantum nexu *pignoris* & *hypothecæ* subiiciuntur, in quæ creditor consensit, *l. 1. §. 1. de pign. act.* adeoque surrogatio rei vnus in locum alterius, inuito creditore, fieri nequit, ut putat NEGV SANT. *de pignor. p. 3. m. 1. n. 21.* sicuti nec creditor, inuito debitore, aliud surrogare potest, *l. 26. §. 2. de pign.* cum vnum pro alio solui aut præstari non possit, *l. 2. §. 1. D. si cert. pet.* nemoque compelli queat, ut obligationem in re aliqua sibi constitutam mutet. *l. 47. §. 2. D. mandat.* Nec prouocari potest ad regulam, *quod tibi non nocet, & alteri prodest, concedi debet*, quæ si vniuersalis foret, & vbique applicari posset, quæuis *officia humanitatis* in necessitatem essent mutanda, & *ius perfectum* alteri tribuerent. Hoc enim certum expeditumque est, regulam adductam fluere ex *officiis humanitatis*, quæ aliquando in certis causis, ex legis determinatione, in necessitatem transeunt, præsertim si *fauor agriculturæ* id postulat; ast generalis regula inde minime exstrui nequit, ut Dn. PRAES. in *introd. ad digest. tit. de aq. & aqu. plu. arc. §. 9.* ostendit. conf. MERLIN. *cit. tr. l. 4. t. 4. q. 112.* Cumque hic creditoris versetur commodum, eademque ratio sit in *pignore* & *hypotheca* quoad idoneitatem rei obligatæ, non magis rei hypothecatæ loco alia potest substitui, quam pro re pignorata idonea, minus idonea, inuito creditore, dari. Volente creditore surrogatio tam in *pignore*, quam *hypotheca* admitritur, qualiscunque demum res substituta sit. Vnde facile decidi potest quæstio, vtrum beneficium *l. 2. C. de resc. vend.* creditori profit, quando talis res substituta est, quæ nec ad dimidium va-
loris

loris rerum earum, quæ ante obligatæ fuerant, accedit? *VLPIANVS in l. 9. §. 3. D. de pign. act.* creditori *satisfactum* videri, ait, *quoties, ut ipse voluit, sibi cauit, licet in hoc deceptus sit, conf. l. 5. in f. l. 13. quib. mod. pign. vel hypoth. solu.* Id quod optimam rationem habet; læsio enim circa *surrogationem pignoris* est quidem non levis præiudicii, creditor tamen deceptus potest, relicta quæstione de pignore, adhuc principalem actionem personalem intentare *l. 28. D. de reb. cred.* aut pignoratitia actione contraria indemnitatem suam aduersus debitorem quærere, si malitiose debitor in hoc versatus est, doloque eum decepit. *l. 9. pr. D. de pignor. act. NEGVS. l. c. P. 5. memb. 1. n. 42.* De hypotheca idem quoque hic dicendum esse, satis apparet, dum diuersitatis ratio, ratione læsionis ultra dimidium, nulla dari potest.

§. VI. Conueniunt quoque (VI) in eo, quod *regulariter*, qui *pignus* contrahere nequit, nec *hypothecam* constituere valeat. Constat vero ex principiis iuris ciuili-
lis, ius in re in alterum transferri non posse, nisi ab eo, qui ipse est dominus, liberamque suarum rerum habet administrationem, cum alienandi facultate coniunctam. Vnde sequitur, quod pupilli vel minores nec *pignus* nec *hypothecam* constituere possint, licet etiam autoritas tutoris in re immobili accesserit, sine magistratus decreto, *§. 2. l. quib. al. licet vel non. l. 1. pr. D. quæ res pignor. obligar. non poss.* nisi obligatio sit necessaria pro defensione causæ pupilli in iudicio. *l. fin. C. de administrat. tut. NEGVSANT. l. c. P. 2 memb. 3. n. 77.* Nec obstat, quod debitoris in bonis maneat res pignoratæ & hypothecæ: occasionem enim, qua ad *alienationem* deueniri potest, ius ciuile quoque remouere voluit, & quo minus impuberes eiusmodi a tutoribus bonis immobilibus priuentur, prospexit. Quandoque tamen alius, qui non est dominus, hypothecam & pignus dare potest, procurator scilicet, mandatum speciale habens, *l. 58. l. 60. §. fin. mand. l. 11.*

Qui pignus dare nequit, nec hypothecam potest.

l. 11. §. fin. l. 20. pr. de pign. act. l. 16. §. 1. l. 21. pr. de pign. vel etiam is, qui habet generale cum libera, §. 42. l. de rer. diuis. ut procurator reipublicæ vel principis, qui a lege mandatum cum libera habere dicitur, l. 12. C. de transact. vel etiam procurator priuati facultatem cum libera habens, arg. l. 58. D. de procurat. Item is, qui mandatum generale sine clausula cum libera accepit, domino in more habente, pignoris & hypothecæ constitutionem in eodem contractus mandati genere. l. 12. D. de pign. action. MERLIN. L. 2. t. 3. q. 101. n. 1. sequ. Sufficit quoque ad pignoris & hypothecæ constitutionem dominium fictum, inde bonæ fidei possessor non tantum hypothecam potest concedere, sed etiam ius pignoris in creditorem transferre. l. 14. D. qui potior. Instar domini enim est, quamdiu in bona fide manet; arg. l. 39. §. 1. D. de hered. pet. Ex eodem fundamento usufructuarius quoque facultatem percipiendi emolumenta ex re seruiente pignori vel hypothecæ subiicere potest. l. 11. §. 2. l. 13. §. 2. de pign. & hyp. l. 2. C. d. usufr. l. 1. C. d. pignor. Obligatur enim hac ratione non ipse fundus, seu eius proprietar, sed tantummodo ius vtendi fruendi, quod a debitorre quoque vendi potest. Nec obstat, quod usufructus alteri cedi & vendi non possit, §. 3. l. de usufr. ergo nec obligari; l. 9. §. 1. de pign. venditio enim ita fieri potest, ut commoditas ad vitam usufructuarii in alterum transferatur, licet ipsum ius usufructus nec vendi nec obligari possit. l. 12. §. 2. de usufr. & quemad. quis vt. NEGVSANT. l. c. P. 2. m. 3. n. 9. MULLER ad Stru. Exerc. 26. tb. 5. lit. β.

Qui acquirere potest pignus, ille etiam hypothecam.

§. VII. Conueniunt quoque (VII) in acquirendo. Acquiri enim potest pignus & hypotheca ab eiusmodi personis, quibus permissum est, in ciuitate ius in re tenere. l. 24. de pign. & hypotb. Inde quæstio nascitur, an extraneo seu non-subdito possit pignus vel hypotbeca constitui, si statutum prohibet, ne bona in non-subditum alienentur?

tur? Pro affirmatiua quidem est *BALDVS ad l. fin. n. 1. C. de bon. alien. non alienand.* quia alias nimis restringeretur facultas contrahendi inter ciues & forenses, & statuta dicantur esse stricti iuris, quæ de casibus similibus ad similia extendi non possint. Plures tamen abeunt in contrariam sententiam, quod in *l. fin. C. de reb. alien. non alien.* dicatur, *alienationis* appellatione etiam venire hypothecæ & pignoris constitutionem, & quod in *l. 1. §. 2. quæ res pign.* evidens argumentum pro hac sententia adferatur, nec hic extensio, vt quidam arbitrantur, sed potius simplex statuti declaratio fiat, quia pignoris vel hypothecæ constitutio comprehenditur iam sub ipsa *alienationis* prohibitione, & alienatione prohibita in statutis omnis actus prohibitus censeatur, per quem alienatio sequitur. *MERLIN. l. c. L. 2. Tit. 1. q. 42. n. 18.* Priorem tamen sententiam præferendam esse arbitror, & quidem ex *ratione statuti*, quæ hæc est, ne res in extraneum transferatur, id quod non fit per *hypothecæ* vel *pignoris* constitutionem. Simile quid in iure Romano cautum est, quo hæc decisio prorsus illustratur. Apud Romanos olim magistratibus maioribus in prouinciis, quibus præerant, non licebat, rem in commercio existentem emere, durante officio; *l. 46. de contr. emt. vend.* pignus tamen aut hypothecam acquirere non impediebantur, cum, debitore non solvente, ex pretio rei aliis distractæ, creditum suum consequi possent. Ait *ICtus in l. 24. de pign. in quorum finibus emere quis prohibetur, pignus accipere non prohibetur.* Hæc decisio etiam recte applicatur ad casum statuti, quo cauetur, ne extraneus intra fines territorii res immobiles emat. De iudæis constat, quod eis in plurimis locis prædia iure *dominii* possidere non liceat. Vid. *Diff. Dn. PRAESID. de caut. iudæor. tolerant.* Idem de *iur. sacro & prof. circa infidel. Sect. 2. §. 15.* Ast pignoris & hypothecæ constitutio ea propter iis non videtur interdicta, quamuis, an hic aliqua differentia inter *pignus* & *hypothecam* constitui debeat, *capite seq. examinandum* sit.

Conueniunt
pignus & hy-
potheca in ob-
iecto.

§. VIII. Conuenientia porro (VIII) deprehenditur in *obiecto*. Res enim, in quibus pignus & hypotheca constituitur, debent esse in commercio, & ita in bonis debitoris, ut de iis habeat disponendi facultatem. *l. 6. C. si res alien. pign. dat. sit. l. 6. C. quæ res pign. oblig. poss.* Hac de causa sicuti res litigiosa pignori non potest dari, ita *hypothecæ* quoque subiici nequit; finis enim primarius utriusque, qui est *securitas*, propter dubium litis euentum, hic deficit, & lite pendente, nihil est innouandum, quo alterius conditio reddi potest deterior *l. 1. §. ult. D. quæ res pign. dar. poss. MERLIN. c. 1. l. 9. 38. LAVTERBACH. ad tit. quæ res pign. §. 5.* Speciatim pignoris contractus in *instrumentis*, ad agriculturam destinatis, inter quæ sunt etiam boues, iniri non potest. *l. 7. 8. C. quæ res pign. obl. poss.* quia fauor agriculturæ, qui admodum magnus est in iure, hoc non admittit, ut quis impediat in agrorum suorum usu & reip. quoque utili cultura, qua de causa nec *hypothecæ* constitutio iis in rebus licita esse potest NEGVSANT. *l. c. P. 2. m. 2. n. 49.* Res enim, quæ pignori dari nequeunt, hypothecæ regulariter exemptæ sunt. *l. 11. §. 3. D. de pign.* Ex supra adductis porro fluit, in *re aliena* hypothecam non magis constitui posse, quam pignus, *l. 6. C. si res alien. pign. detur.*, nisi dominus consenserit: *l. 26. §. 1. d. pignor. & hypoth.* utrumque tamen conualescere ex post facto, si debitor dominium illius acquirat. HARPR. *cons. 70. n. 309.* Quid? quod nec bona fideicommisso per vitimam voluntatem subiecta, pignori vel hypothecæ dari possint, maxime si alienatio expresse prohibita est, MERLIN. *l. c. L. 2. q. 6. n. 1. KNIPSCHILD. de fideic. famil. c. XI. l. 4.* adeo ut ne quidem veniant in hypotheca tacita vel legali propter rationem *l. 3. §. 2. C. Commun. de legatis & fid.* Satis absurdum & irrationabile est, rem, quam in suis bonis non pure possidet, eam ad alios posse transferre, vel hypothecæ pignorisue nomine obligare, vel manumittere, vel alienam spem decipere. Res incorporales in commercio esse quoque dicuntur: inde dubi-

dubium non est, quin *usus fructus* tam pignori quam hypothecæ dari possit, cum possit etiam locari *l. 11. §. 2. de pignor.* Seruitutum *realium* diuersa est ratio. Quamuis enim prædia cum seruitutibus tam pignori quam *hypothecæ* dari possint, non tamen, an seorsim pignus vel hypotheca in iis constitui possit? expeditum est. Attendendam esse differentiam inter seruitutes *urbanas* & *rusticas*, plurimi constituerunt, ita ut rusticæ seruitutes tantum possint nexui pignoratitio subiici, *l. 12. D. de pignor.* urbanæ vero non item propter *l. 11. §. fin. de pignor.* ubi ita: *iura prædiorum urbanorum pignori dari non possunt, igitur nec conuenire possunt, ut hypothecæ sint.* Nec præter rationem hanc diuersitatem inductam esse, putant, cum reipublicæ interfit, ne ciuitas deformetur, & ædificia reddantur inutilia, quod maxime fieri posset per constitutionem pignoris vel *hypothecæ* in prædiorum urbanorum seruitutibus, propter usus varietatem creditoris, vel eius, cui eandem seruitutem venderet creditor. MERLIN. *de pign. L. 2. t. 1. q. 25.* Ad enucleandam hanc controuersiam ante omnia monendum est, in *cit. l. 12.* non quæri de oppignoranda seruitute iam *constituta*, sed de seruitute demum *constituenda*, ut hæc tamdiu loco pignoris alteri concedatur in re debitoris, quam diu pecunia nondum exsoluta est. Illa a debitore sine prædio creditori oppignorari non potest, quatenus debitor ipse eam in ædes alienas exercendi ius habet. Eiusmodi enim ædibus vel fundo inhærens seruitus constituta ab iis separari & in alium transferri nequit. *l. 86 de V. S. l. 33. §. 1. D. de S. P. R. l. 44. loc.* Hæc vero concedi potest creditori in securitatem crediti a debitore, cuius fundus antea liber erat a seruitute. Quæ cum ita sint, eorum opinio in iure fundata non est, qui differentiam inter seruitutes *urbanas* & *rusticas* hic quærent, adeoque communis hæc opinio, ad quam hic prouocant dissidentes, tanquam ad aliquod palladium, communis error & figmentum Doctorum omni

ratione destitutum, iure meritoque vocatur. *Lex enim cit. 11.* oppignorationem seruitutum *urbanorum* prædiorum ex nulla alia ratione reprobatur, quam quod seruitutes tales a prædiis separari non possint, quæ etiam in *seruitutibus rusticis* locum habet. Equidem tantum *urbanorum* prædiorum MARTIANVS in *l. cit.* mentionem fecit; restrictiue tamen non loquitur, cum eadem ratio quoque in *rusticis* militet. Similiter in *l. 12. cit.* ratio dubitandi inde desumebatur, quod seruitus talis reuera ad tempus esset constituta, cum tamen omnes seruitutes sua natura deberent esse perpetuæ *l. 4. pr. de seruit. l. 28. de seruit. præd. urb.* Verum postquam hæc subtilitas, ut ad tempus seruitutes constitui nequeant, a prætoribus ipsis reiecta, *l. 4. cit.* nec in praxi iam olim obseruata est; *l. 9. de S. P. R. l. 2. comm. præd.* recte tale pactum admissum fuit. Nec utilitas publica hoc loco obstat. Sunt enim tantum quædam seruitutes, quarum natura non patitur propter deformitatem ciuitatis & ædificiorum, ut ad tempus constituentur, v. g. oneris ferendi, tigni immittendi, proiiciendi & protegendi seruitus; sed inde ad omnium seruitutum *urbanarum* species argumentari, satis inconueniens est. Nec PAVLVS referendo in *l. 12. de pignor.* seruitutes, ut plurimum prædiis rusticis inseruientes, excludere voluit seruitutes *urbanas*, in primis cum eadem rationes in seruitutibus *urbanis* locum habeant, quæ in *rusticis*. Denique cum æque *urbanæ* ac *rusticæ* seruitutes precario concedi possint, *l. 3. D. de precario* ubi GAIVS hæc exempla habet, *veluti si me precario rogaueris, ut per fundum meum ire vel agere tibi liceat, vel, ut in tectum vel in arcam ædium mearum stillicidium vel tignum in parietem immissum habeas*: quare eo, quo dixi, modo etiam pignori non possent obligari, cum propter licitam reuocationem in precario usus quoque maxime temporarius sit. Vid. Dn. THOMAS. *disp. de seruitut. stillicid. §. 19. seqq.* Vero specialius *res dotales immobiles* pignoris nexu obstringi non

non posse, manifesti iuris est, quia maritus eas, matrimonio dissoluto, restituere debet, & oppignoratio proxima ad alienationem via dicitur. *pr. l. quib. alien. lic. vel non.* Imo licet alias *rei alienæ* obligatio subsistat, si is, cuius interest, consenserit; in *rerum dotalium* tamen oppignoratione mulieris consensus nihil operatur, quia infauorem mulierum id vel ideo constitutum, ne maritus consensum vxoris suæ quibusuis artibus machinationibusque extorquere, aut saltem persuasionibus elicere conetur. *l. vn. C. §. 15. de rei vxor. act.* Idem dicendum est de *hypotheca* simplici, quippe quæ rem ita afficit, vt etiam post restitutionem contra vxorem possit intentari actio. *pr. l. quib. alien. lic. vel non. l. 23. de O. & A. §. 1. l. de action.* Imo nec vxor ipsa *hypothecæ* vel *pignori* rem dotalem, constante matrimonio, subiicere potest, quippe quod in mariti præiudicium vergeret. MERLIN. *L. 2. T. I. q. 18. n. 12. de pignor. & hypoth.* Intelligenda tamen hæc omnia sunt de fundo dotali *inæstimato* in dotem dato; æstimato enim in dotem data res immobilis potest alienari, aut oppignorari, etiam sine mulieris consensu, nam per *æstimationem* efficitur res viri propria. *l. 10. de iur. dot. l. 1. C. Commun. vir. iudic.* MERLIN. *l. c. q. 19. n. 2. seqq. NEGVSANT. de pignor. p. 2. m. 2. n. 59.*

§. IX. Etiam (IX) *in modo* constituendi quædam deprehenditur conuenientia inter pignus & hypothecam. Vti enim ius in re variis modis constitui potest, ita quoque *pignoris & hypothecæ* constitutio fit, vel per *actus inter vivos*, vel, per *ultimam voluntatem*; Illud fit vel per consensum *expressum* aut *tacitum*, *l. 3. l. 4. 16. in quib. caus. pig. vel hypoth. tac. contr.* HERTIVS *de hypoth. conuent. tacita*; vel *a iudice*. Vnde est, quod ad pignoris conventionalis constitutionem nemo cogi possit, & quod hypothecam alicui concedere etiam sit liberæ voluntatis, nisi iudex eam ex iusta causa imperet. *l. 14. §. 1. D. de constitut. pec. l. 9. D. qui satisd.*

Conueniunt
in modo con-
stituendi.

satisd. cog. v o ET. *ad D. tit. de pignor. n. 1.* Similiter inde fluit, quod pignoris constitutio in dubio præsumi nequeat, sed potius aliquando, circumstantiis id suadentibus, magis datio in solutum, si res simpliciter pro debito tradita. conf. HERTIVS *de pignor. tacit. convention.* Eadem præsumtio etiam de hypothecæ constitutione a legibus re- iicitur. MERLIN. *de pignor. & hyp. L. 2. tit. 3. q. 94. n. 8.* Quia vero absentes per litteras suum consensum quoque declarare possunt, & præsentia contrahentium in pignoris constitutione non præcise requiritur, *l. 23. §. 1. D. de pi- gnor. & hypoth.* illa etiam expediri potest per scripturam, imo per epistolam, in quibus dies & consul deest, *l. 34. §. 1. D. de pign. & hypoth.* vel per nuncium, & multo magis hy- potheca, cum nudo pacto absoluitur, resque hypothecata penes debitorem maneat. DONELL. *de hypoth. c. 6. p. 200.* Et quidem de iure communi simplex contrahentium con- sensus, ut constituatur *pignus & hypotheca*, est sufficiens, nec scriptura requiritur, TERPAT. *Decis. P. 3. D. 501. l. 13.* CARPZ. *P. 1. C. 28. def. 122.* aut magistratus auctoritas. *l. 1. D. de pact. l. 1. D. de pignor. act.* ARNOLD. VINN. *ad l. §. 7. de action. n. 12.* Vnde tam in pignore quam hypo- theca subsequens ratihabitio sufficit, si tertius rem talem obligavit. *l. 16. §. 1. de pignor. & hypoth.* Sed ius Saxoni- cum, aliorumque locorum, iudicis confirmationem, sub cuius iurisdictione *immobiles res* sitæ sunt, præcise requirit, tam in *oppignoratione* quam *hypotheca*, siue generalis siue specialis constituatur, *Ordin. iudic. Saxon. tit. 46. §. 2.* CARPZ. *P. 2. C. 23. def. 1. seqq.* LAVTERBACH. *ad tit. de pi- gnor. & hypoth. §. 46.* & quamvis in *hypothecæ & pignoris constitutione* diversitas rationis adesse videatur, quod in il- la quidem creditores & emtores decipi, & iustam allegare ignorantiam possint; non æque in hac: idem ius tamen in utroque iure obtinere, liquet ex iis, quæ tradit CARPZ. *cit. l. def. 5.* cuius ratio forsan hæc est, quod etiam pigno- ris

vis constitutio inclinet ad alienationem, quæ in rebus immobilibus ex iuris Saxonici dispositione fieri nequit absque iudiciali approbatione, obseruante EODEM. *cit. l. def. 1. n. 3.* Inde inferitur, nec comites, nobiles, aliasue illustres personas bonorum immobilium oppignorationem extra iudicium absque nullitatis vitio suscipere posse, idque propter identitatem rationis, tum ne res pluribus obligentur, creditoresque decipiantur: tum quia alienatio quædam hic concurrere videtur. MARTIN. *Comment. Forens. tit. 46. n. 28.* CARPZ. *Part. 2. Const. 23 def. 1. n. 10. & 11.* BERLICH. *Part. 2. conclus. 29. n. 7.* Equidem de modo constituendi pignus quædam adhuc inter DD. lis est, aliis contendentibus, pignus hoc ipso pro tradito habendum esse, quod debitor aliquam rem pignori dare, promiserit; aliis vero negantibus, nudam promissionem de pignore tradendo vel constituendo sufficere. Prioris sententiæ patroni imprimis sunt MANTICA *de tacit. & ambig. conuent. L. 11. t. 3. n. 14.* BACHOVIVS *de pignoribus L. 1. C. 3. R. 3.* Posterioris vero GABRIEL MVDAEVS *tr. de pignor. rubr. quomodo hypothec. contrahat. n. 4. 5.* & LAVTERBACH. *tr. de pignore §. VI. n. 25.* Sed facile constat, calculum posteriori sententiæ addendum, & MVDAEO, inter ICROS prae aliis accurato, accedendum esse, cum pignus referatur ad contractus reales, qui nudo consensu non perficiuntur, sed ad suam perfectionem traditionem rei adhuc desiderant. §. ult. 1. quib. mod. re contrahit. oblig. Vnde indefinita & indeterminata promissio v. g. erit tibi hypotheca aliqua seu pignus, nequidem hypothecæ constitutionem producit, multominus pignoris per l. 11. §. 2. D. qui potior. in pign. ubi dicitur: Si colonus conuenit, ut inducta in fundum, illata, ibi nata, pignori essent, & antequam inducat, alii rem hypothecæ nomine obligauerit, tunc deinde eam in fundum induxerit, potior erit, qui specialiter pure accipit, quia non ex conuentione priori obligatur, sed
ex

ex eo, quod **INDUCTA** res est. Reuera enim in tali indefinita locutione adest tantum *promissum de hypotheca constituenda*, vel *de pignore tradendo*, qualia pacta, contractus ineundi præparatoria, ad agendum obligationem non pariunt. **HARPPRECHT.** *Respons. 92. n. 105. seqq.*

Quandoque tertius quoque pro alio, v. c. qui conductor est, pignora dat, vel hypothecam concedit, pro eo tempore, quod conductioni per contractum est præfinitum. Quod si vero renouatio conductionis inter contrahentes fiat, finita prima conductione, pignoris a tertio constituti repetitio non aliter inducitur, quam si expressus consensus pignorantis accesserit, quippe qui ulterius non obligatur, quam quousque ab initio consensit, *l. 13. §. 11. loc. cond. cum factum alterius tertio obesse non possit, l. 27. pr. in f. de procur. l. 9. §. ult. l. 10. de iurei. l. 155. D. de R. iur. & nemo ultra intentionem suam obligetur, quæ dirigit omnes actus.* Eodem modo nec hypotheca per *tacitam reconductionem* prorogari potest, cum sit stricti iuris, & locator sibi imputare debeat, si diutius, quam cautum est, conductorem patitur in re locata permanere. *l. 7. C. de locat. cond. MERLIN. de pignor. & hypoth. L. 3. t. 1. q. 39. n. 5.*

Conueniunt
pignus & hy-
potheca in
modis tollen-
di.

§. X. In modis quoque tollendi (X) adest conuenientia inter *pignus & hypothecam*. Tollitur pignus variis modis, in primis vero principali obligatione sublata, aut causa cessante, ob quam constitutum est. **MERLIN.** *l. c. L. 4. t. 5. q. 133.* Inde dissoluitur pignus, 1) si debitor creditori satisfecerit, tam quoad sortem, quam vsuras, *l. 5. 6. 13. D. quib. mod. pign. vel hypoth. solu. l. 18. qui pot. in pign. hab. l. vn. C. etiam ob chirogr. pec. pign. ten.* quo modo hypotheca etiam desinit. *arg. l. 5. §. 1. de pign.* Satisfieri autem dicitur creditori non solum per veram solutionem, sed etiam per *depositionem* pecuniæ realem. **LAVTERBACH.** *de pign. & hypoth. §. 4.* Hoc posito, pignus & hypotheca etiam liberatur per solennem & legitimam debiti oblationem,

nem, obsignationem & depositionem, *arg. l. 6. quib. mod. pig. solv. l. 19. C. de usur. l. fin. C. de luit. pignor. MERLIN. de pignor. L. 5. t. 1. q. 44. n. 26. HARPPRECHT. Conf. 70. n. 150.* Sola condemnatio debitoris non sufficit, adeoque tam pignus quam hypotheca subsistit. *l. 13. §. 4. de pignor. & hypotb.* 2) dissoluitur per *satisfactionem* a creditore acceptam tam pignus quam hypotheca. *BALDWIN. de hypotb. C. 20.* 3) per *remissionem* vel *expressam*, *l. 8. §. 1. seqq. b. TERAT. Decis. P. 3. Tit. 509. c. 5. vel tacitam*, ut: si creditor subscribat instrumento venditionis super re oppignorata confecto; ita enim pignus & hypotheca remissa censetur, nisi quis expresse hanc clausulam adiecerit: *Mir und meinen Erben und Nachkommen ohne Schaden.* *BRUNNE-MANN. ad D. L. 8. n. 14. quib. mod. pign. HARPPRECHT. Respons. 93. n. 303. 304.* 4) Extinguitur tam pignus quam hypotheca, si actio personalis contra debitorem propterea extincta est, quia debitor delatum sibi iuramentum super credito præstitit, litemque ita finiuit. *l. 13. D. quib. mod. pign. vel hyp. solu. ibi: si deferente creditore iuravit debitor, se dare non oportere, pignus liberatur, quia perinde habetur, ac si iudicio absolutus esset.* *NEGUSANT. de pign. P. 6. m. 2. n. 10.* Hypotheca 5) corrui, si contractus inualiditas detegitur, & hypothecam constituens ex errore & falsa causa contractum celebrauit, eique hypothecam adiecit *l. 25. de pign. & hypotb.* Ita enim error & falsitas actui consensum adimit, obligationemque inualidam reddit. *arg. l. 5. §. 14. de reb. eor. qui sub tutel. vel cur. sunt.* Et quis dubitet, quin etiam pignus nullum sit, ubi principalis obligatio, cui accessit, vires nullas habet? 6) Pactum de non perendo pignus & hypothecam quoque ope exceptionis tollit. *l. 5. D. quib. mod. pign. & hyp. solu. l. 17. §. 2. de pact.* Si ad tempus pactum de non perendo cum debitore initum est, durante pacto, hypothecaria actio suspenditur, nisi debitor incipiat post tale pactum suspectus fieri. *NEGUSANT. l. c. n. 9. MERLIN. L. 5.*

L. 5. t. 1. q. 44. n. 4. 7) Legitima nouatio tollit liberatque pignus, *l. 18. D. de nouation. l. 11. §. 1. de pignor. act.* quod intelligi debet **de casu**, quo prior obligatio ex contrahentium voluntate sublata est. Secus est, si nouatio priori obligationi accedit: **Sic** si litis contestatio facta a debitore in actione hypothecaria, pignus in nexu nihilominus manet, adeo, **ut** si debitor condemnatus est, ante satisfactionem pignus non extinguatur. *l. 29. D. de nouat.* Nouatio enim necessaria, quæ fit per litis contestationem, vel sententiam, primam obligationem non extinguit, sed alios effectus ei addit. **BALDUIN.** *de Hypothec. c. 20.* **TERPAT.** *decis. Part. 3. tit. 509. c. 8.* Eadem conditio est hypothecæ, quæ itidem desinit per *voluntariam*, non vero *necessariam* nouationem. **NEGVs.** *de pignor. P. 6. m. 3. n. 2.* 8) Extinguitur pignus per *confusionem & compensationem* debiti principalis; si v. g. creditor heres debitoris vel hic creditoris vel tertius vtriusque fuerit factus; tunc enim principalis obligatio vna cum accessoria perit. *l. 4. qui potior. in pign. l. 9. §. 3. de pignor. act. l. 11. §. 2. seqq. eod.* Idemque in hypotheca obtinet, cum nemo a se ipso aliquid exigere aut securitatem de credito, quod ipse sibi debet, desiderare possit. 9) Per alienationem pignoris, *consensu creditoris* factam, ius in re censetur remissum, non ipsum debitum, *l. 4. §. 1. quibus mod. pign. vel hyp.* quod etiam de *hypotheca* dicendum, **TERPAT.** *Decis. 509. c. 1.* si legitima requisita, a legibus desiderata, concurrunt, quæ aliquot dissertationibus *de remission. tac. hypoth. & pign.* explicuit ill. **Dn. THOMASIVS.** Eundem effectum consensus quoque in rei hypothecaræ alienatione habet, cum nulla diuersitatis ratio dari possit. **FELIN.** *Consil. 20. n. 4.* **TERPAT.** *l. c. c. 6.* 10) Interitus rei oppignoratæ quoque soluit tam pignus quam hypothecam, *l. 8. pr. quib. mod. pign. l. hyp.* quatenus in totum perit. Extinctis ædibus in area tam pignus quam hypotheca remanet. *l. 29. §. 2. pignor. & hypoth.* Sed an idem dicendum sit de rei mutatione? Distinguendum esse puto

puto inter mutationem domini interitum inferentem, & rei principali obligatae tantum aliquid detrahentem, seu ad-
 iicientem: quin priori casu pignus finiatur, dubium non est,
 e. g. si ex ligno pignori dato navis facta sit; hic enim specifi-
 canti cedit res eiusque dominio subiicitur *l. 18. §. pen. de pi-
 gnor. act.* ubi dicitur: *Si quis cauerit, ut silua sibi pignori es-
 set: nauem ex ea materia factam non esse pignoris*, Cassius ait:
*quia aliud sit materia, aliud navis, & ideo nominatim in dan-
 do pignore adiiciendum esse ait: quaeque ex silua facta, nataue
 sint.* Posteriori vero casu mutatio pignus non liberat nec
 hypothecam soluit, licet vel maxime aedes oppignoratae
 destructae fuerint, & in earum area hortus aut vinea plante-
 tur. *l. 16 §. 2. l. 29. §. 2. de pignor. & hyp. ibi: domus pignori
 data exusta est eamque aream emit Lucius Titius & extru-
 xit; quaesitum est de iure pignoris? Paulus respondit, pigno-
 ris persecutionem perseuerare.* MULLER. *ad Struu. Exercit.*
26. c. 49. lit. k. ii) Praescriptio quoque tollit pignus pro di-
 versitate possessorum diuersimode. Potissimum quaestio de
pignoris praescriptione versatur circa casus sequentes. Prae-
 scribitur enim pignus 1) vel a tertio bonae fidei possessore, si
 creditor forsan possessionem eius amisit, & tertius b. f. & iu-
 sto titulo illam acquisiuit; hic enim intra 10. vel 20. annos
 dominium sibi acquirit, & ius, tam debitoris, quam credi-
 toris in pignus hac ratione extinguitur. *l. 1. 2. C. si aduers.
 credit. l. 7. l. ult. de O. & A.* Eodem modo *hypothecae* ius
 expirat, si tertius possessor rei hypothecatae possessionem
 iusto titulo nactus fuerit, & per decennium inter praesentes,
 per viginti vero annos inter absentes quiete rem possederit.
 NEGVSANT. *de pign. p. 6. m. 2. n. 1.* MERLIN. *cit. tr. L. V.*
t. 1. q. 21. n. 6. 2) vel a malae fid. possessore, qui licet longo
 tempore praescribere non possit, potest tamen de iure civili
 longissimo, vel triginta annorum spatio pignus vel hypo-
 thecam liberare. *l. 7. C. de praescript. 30. vel 40. ann.* Quod si
 vero creditor posterior ab ipso debitore hypothecam con-
 secu-

secutus fuerit, quadraginta anni, donec debitor adhuc in vita est, ad praescriptionem & pignoris & hypothecae sunt necessarii: post mortem debitoris 30. anni sufficiunt. *l. c. §. 2. de praescr. 30. vel 40. ann.* NEGVSANT. *l. c.* 3) vel a debitor ipso contra creditorem: hoc casu certi iuris est, pignus liberari, si creditor illud post restitutionem (animo forsitan repetendi & sic ad tempus factam) apud debitorem per 40. annos reliquerit; potuisset enim creditor actione *hypothecaria* pignus repetere, quod si neglexerit, post 40. annos hypothecariae actioni praescriptum est *l. 7. §. 1. C. de praescr. 30. vel 40. ann.* In *hypothecae* praescriptione itidem 40. annorum spatium attenditur per *cit. l. 7.* quia inter pignus & hypothecam quantum ad *actionem hypothecariam* nihil interest. §. 7. *I. de Action.* MERLIN. *l. c. n. 23.* Alia omnino est quaestio: utrum creditor ita possit pignus praescribere contra debitorem, ut ei non amplius sit integrum, pignus luere? Facile vero constat, pignus & hypothecam hic quoque conuenire, creditoremque iuri pignoris luendi nullo tempore praescribere posse, quamdiu pignus non negat. GAIL. 2. *Obs. 18.* Alieno enim nomine sic possidet, nullumque usucapionis vel praescriptionis initium facere potest. *pr. l. de usuc. l. 2. C. de praescr. 30. vel 40. ann.* Denique 12) pignus & hypotheca tollitur, extincto iure debitoris, quod in re habuit. *l. 31. D. pignor. & hypoth.*

Conueniunt
pignus & hy-
potheca ratio-
ne distractio-
nis.

§. XI Præterea (XI) ratione *distraktionis* pignus & hypotheca conueniunt, quod vel indicat rubrica in digestis posita *de distraktionem pignorum & hypothec.* Videlicet inter alios pignoratitii iuris effectus hic quoque refertur, ut creditori integrum sit, pignus vendere, si debitor in mora est constitutus, pignorisue liberationem detrectat. Competit ei hæc potestas ex *iure*, quod habet in re, & *fine*, seu securitate, ratione debiti ipsi constituta. *l. 1. C. de pact. pignor.* Olim quidem ut plurimum in pignore contrahendo nominatim de eius vendendi potestate paciscebantur contrahentes,

tes, *l. 4. pr. D. & l. 4. C. de pign. act.* ne trina denunciatione opus esset. *PAVL. lib. 2. sent. lib. 5. §. 1.* Sed hoc correctum est, ut, licet vel maxime nihil expresse fuerit conuentum, illud tamen iuri pignoris inesse crederetur, *l. f. §. 1. C. de iur. domin. impetr. l. 4. verb. sed & si D. de pign. act.* & pignoris distractio, inuito etiam debitore, fieri possit. *l. 2. C. debit. vendit. pign. imped. non poss. l. 7. §. 1. de reb. eor. qui sub tut. l. 1. §. 1. de distraction. pignor. & hyp.* Nec diuersum in *hypotheca* obtinet, cuius distractio itidem creditori indulta est, si suum aliter consequi non possit, cum eadem utrobique adsit ratio. *l. 14. C. de distract. pign.* Sed in modo *distrabendi* maxima inter *pignus* & *hypothecam* deprehenditur differentia, cum aliter *pignus* alienari soleat, quam *hypotheca*, de qua in *cap. II.* dicendi locus erit. Fluit quoque ex fine pignorationis, quod *pignus* vendendi iuri per *pactum expressum* renunciari haud possit, & *pactum* eiusmodi pro non adiecto habeatur, idque non tantum propter creditoris ius in *pignore* quaesitum, sed etiam propter *utilitatem publicam*, ne alias admodum difficulter, qui nummos crederent, inuenirentur, & indigentium inopia auxilio necessario egeret, magnaue commercio, quo salus publica alitur, deficiente fide, inferretur clades. *l. 4. D. de pignorat. act. vel contr.* Et quis negaret, etiam *hypothecam simplicem* securitatis causa vnice constitui? Hac de causa si venditio rei obligatae fieri haud posset, omnem omnino vim & efficaciam illa amitteret, & consequenter *pactum hypothecae* adiectum, ne venderetur, naturae eius prorsus repugnaret. *MELIN. cit. tr. L. V. Q. 95. n. 11. 12.* Atque haec *distrabendi pignus* vel *hypothecam* potestas creditori etiam tunc competit, si vel maxime pars debiti soluta sit, & quaedam pars debiti, quantacunque sit, adhuc debeatur vel a debitore vel ab heredibus eius; totum enim *pignus* pro indiuiso tamdiu in nexu est, quamdiu creditori nondum plene est satisfactum. *l. 6. C. de distract. pign. l. 8. §. si unus D. de pignor. act.* Quo circa nec *hypothecae* alienatio

natio prohibita est, nisi præter sortem integram etiam usurae creditori fuerint restitutæ, quia eadem hic militat ratio, quæ in pignore. TEPAT. *Decis. P. 3. tit. 508. MERLIN. de pignor. L. 4. T. 3. q. 95. n. 33.*

In modo distrahendi quoque conveniunt.

§. XII. Ipsa distractio bona fide fieri debet. *l. 9. C. de distr. pign. l. 3. C. si pign. vend.* adeoque ipse creditor nec pignus nec hypothecam emere potest, ne quidem per substitutum. *l. 10. C. de distr. pign.* An vero fideiusor a creditore etiam emere pignus queat? quaeritur. Et dubium non est, quin fideiusor si non potius, saltem idem ius cum extraneo habere debeat, & consequenter pignus acquirere queat, imprimis cum iura fideiusoris indemnitati admodum faueant, & alias, pro ea consequenda, creditor cogi queat, ut, postquam solvere paratus est, iura sua & sic etiam pignora hypothecasque cedat. *l. 14. mandat. l. 53. D. eod. l. 20. eod.* Hac de causa etiam a iudice impetrare potest, ut conventus a creditoribus titulo emtionis prædium creditori pignori datum suscipiat. *l. 26. pr. de pign. l. 2 D. De distract. pignor.* Nec obstat argumentum, quod contrariæ sententiæ patroni ex *l. 1. C. de dolo* euincere conantur. Aiunt imperatores: *si fideiusor a creditore pignus emerit oblata quantitate sortis & usurarum, tibi dominium cum fructibus, quos bona fide percepit, consultius restituet, ne fidei ruptæ gratia de dolo possit actio exerceri.* Loquitur enim lex 1) tantum de eo, quod est consultius, ne fideiusor doli suspicionem incurrat, non autem præcise disponit, iubet, aut indistincte constituit. 2) Adest in *cit. l.* casus, ubi non tam emtio formalis videbatur facta, quam solutio sortis & usurarum, ut ipsa verba indicant, cuius nomine creditor fideiusori pignus dimiserat, quo ipso non tam rem ipsam fideiusori vendidisse, quam ius suum cessisse videbatur. Sed nec huc commode referri potest *l. 59. § 1. D. mandat.* tradens: *fideiusorem, qui rem pignoris iure obligatam a creditore emit, mandati iudicio conventum ab herede debitoris oblato omni debito*

debito restituere cum fructibus cogendum, neque habendum simili extraneo: cum in omni contractu bonam fidem præstare debeat. Præsupponit hic textus, æque ut prior, fideiussorem soluisse sortem cum usuris, hoc ipso proprie non contrahitur *emtio*, sed potius *cessio*, adeoque si fideiussor pignus retinere vellet, sine dubio contra bonam fidem ageret, id quod potissimum rationes in *cit. text.* adductæ indicant. Ratio enim *cit. l. 59.* hæc est: CVM IN OMNI CONTRACTU BONAM FIDEM PRÆSTARE DEBEAT, & in *l. cit. l. NE FIDEI RVPTAE GRATIA DE DOLO POSSIT ACTIO EXERCERI.* Ergo si talis deest *cessio*, si creditor curauit, ut iustum pretium pignoris constituatur, & fideiussor aperte, non animo *soluendi* debitum, sed *numerandi* pretium, quod b. f. constitutum est, pecuniam soluerit, *emtio* subsistit, nec fideiussor compelli potest, ut rem cum fructibus restituat. CABALIN. *de usur. q. 49. n. 341. & quæst. 29. 245.* ESCOBAR. *de ratiocin. comput. 17. n. 4.* Sed videndum, an in *hypotheca* quoque idem ius fideiussori sit asserendum? Hoc eo minus in dubium vocari potest, quo certius est, nullam diuersitatis rationem hic allegari posse. Immo cum hypothecæ regulariter *iudicialiter* vendantur, ut *cap. sq.* ostendam, eo minor ratio dubitandi hic concurrere potest, cum etiam ipse creditor pignus sub hasta emere non prohibeatur. MERLIN. *de pignor. l. 4. Tit. 2. q. 71.* Non tantum vero distractio pignorum est concessa, si vni creditori res est obligata, sed etiam si pluribus pignus in solidum eodem tempore obligatum est. A quolibet enim ex iis pignoris venditio valide suscipitur per *l. 16. §. 8. de pignor. ibi: sed si simul illi & illi, si hoc actum est, uterque recte in solidum aget, si minus, unusquisque pro parte.* Et secundum hanc correalis obligationis naturam hypothecam quoque quilibet ex pluribus creditoribus in solidum alienare potest post moram debitoris, ut fiat occupantis conditio melior. Sicuti enim singuli in solidum aduersus extraneum Ser-

viana uti possunt; ita quoque singuli effectu huius actionis gaudere debent. *l. 10. D. de pignor.* Equidem NEGVSANT. *P. 6. m. l. n. 34.* putat, non competere creditoribus pluribus in solidum venditionem hypothecæ, quod absurdum foret, duos emtores eiusdem rei fieri dominos in solidum. Verum eius ius, qui alterum sibi præuenire passus est, non amplius attenditur, sed præoccupantis, sicut alias possessoris in pari causa, conditio est melior, & sic qui prius hypothecam vendidit, præfertur alteri, qui alii posteriori loco eam vendidit. De *hypotheca* id indubium esse videtur, quia hic præfertur is, qui possessionem impetrauit. Sed de pignore maior ratio dubitandi, quod scilicet pluribus datum est, quia illud *coniunctim & pro indiuiso*, non vero *in solidum* possident, cum plures eandem rem *in solidum* possidere non possint *l. 3. §. 5. de acquir. vel omitt. poss.* ergo illud quoque non nisi coniunctim vendere possunt in solidum; facilius vero singuli pro rata, de quo *cap. seq.* dicendi locus erit.

Conuenientia
in pactis.

§. XIII. Natura pignoris & hypothecæ potest quoque per *varia pacta* mutari, in quo rursus (XII) conuenientia quædam deprehenditur. Prout vero illa vel *licita* vel *illicita* sunt, ita possunt valide & cum effectu pignori adiici, vel inualide, seu sine effectu. Sic α) valet pactum, ut pignoris interitus debitorem liberet, si casu fortuito, & sine dolo vel culpa debitoris interitus secutus fuerit; *l. 6. C. de pignor. act.* cum quilibet *extra ordinem* casum fortuitum speciali pacto in quouis contractu suscipere queat. *l. 23. de R. I.* Eodem modo quoque *hypotheca* constitui potest, ut creditor nihil petere possit, si res hypothecata perierit. Fuit enim in creditoris arbitrio ita pacisci, *VOET. ad D. L. 20. q. 1. n. 21.* Aliud quoque β) addi potest pactum, ut cuius creditor ex pensionibus *pignoris* creditum possit recipere, quod itidem *hypothecæ* valide adiicitur, *l. 20. D. de pignor. & hyp.* Porro γ) & hoc pactum subsistit, ut creditor nec non

non fideiussor soluens debitum, *pignus* iusto pretio habeat
 emtum; idemque creditor, qui nudam tantum *hypothecam*
 consecutus est, pacisci potest. *l. 1. C. de pactis pignor. l. 16.*
§. ult. D. de pignor. & hypotb. ibi: potest ita fieri pignoris
datio hypothecæue. l. ult. D. de contrab. emt. Quod si credi-
 tor *pignus* vendiderit, illud potest *δ)* fieri hoc pacto, *ut li-*
ceat sibi reddere pecuniam & pignus recipere. Quæritur
 ergo, an si paratus sit debitor reddere pecuniam, consequi
 id possit? Affirmat id ipsum *ICRUS* in *l. 7. pr. de distr. pign. &*
hyp. additque, *agi posse cum creditore, ut si quas actiones ha-*
beat, eas cedat debitori. Idem quoque in hypotheca obti-
 nere, statim subiicit: *Sed quod IULIANVS scribit in pigno-*
re, idem & circa hypothecam est. Similiter *ε)* tam in pigno-
 re quam *hypotheca* valet hoc pactum, *ne liceat debitori hy-*
pothecam vendere vel pignus, hoc effectu, ut utroque casu
 alienatio & venditio nulla sit, *l. cit. 7. in f. quæ alias, saluo*
iure pignoris, valere posset, ad minimum ut translatum es-
set dominium. *NEGV SANT. de pignor. m. p. 2. n. 5.* Illud
 vero pactum *ζ)* ut creditor, intra certum temporis spatium
 debito non soluto, *pignus* retinere vel hypothecatam rem
 sibi asserere possit, iura non admittunt, quod *lex commissio-*
ria dicitur, *l. ult. C. de pact. pign.* nec distinguunt, utrum ab
 initio statim in pignoris constitutione ea lex sit adiecta, an
 ex interuallo? Potuit enim inopia debitoris durans pro-
 pter exactionem creditoris acerbiores & instantissimas
 debitori ex postfacto quoque extorquere eiusmodi pa-
 ctum, & ob spem melioris fortunæ ante tempora legis
 commissoriæ ipsum inducere, ut tale pactum iniuret. *VOET.*
ad D. Tit. de pignor. & hyp. n. 25. Præterea alia adhuc ra-
 tio suadet, ut hoc pactum in *pignoribus* non valeat, quia
 pignora eo non dantur animo, ut dominium prorsus in
 creditorem transferatur, *l. 35. §. 1. D. de pignor. act.* sed
 tantum, ut securus sit creditor; quin quod ad domini
 translationem contractus venditionis similisque domini
 D trans-

translativus necessarius sit. *l. 1. C. de fundo dotal.* ANTON. FABER. *Cod. L. 8. Tit. 22. def. 1.* Accedit quoque recessus imperii *de an. 1577.* vbi itidem legis commissariae prohibitio renouata est *tit. von Juden und ihrem Bucher. §. und dieweil.* Hypothecæ quoque lex illa non magis adscribi potest, quam pignori, cum eadem ratio, quæ in pignore militat, in hypotheca quoque adfit, & licet creditor rem, hypothecæ obnoxiam, non possideat, posset tamen vi huius pacti possessionem, & per hanc dominium a iudice impetrare, præterlapso termino, si pactum illud in hac materia haud esset reprobatum a LL. Vulgo confunditur hac cum *lege commissoria* aliud pactum *η) de cedendo pignore vel hypotheca* cum debitore initum, nisi intra certum tempus pecunia mutuo accepta restituatur. Fundatur illud in *l. 1. C. de pact. pign.* cuius sunt verba hæc: *qui pactus est, nisi intra certum tempus pecuniam, quam mutuam accepit, solueret, cessurum se creditoribus, hypothecæ venditionem non contraxit. Sed id comprehendit, quod iure suo creditor in adipsiscendo pignore habiturus erat. Communi itaque iure creditor hypothecam vendere debet. Sed apparet ex his, aliud esse pignoris venditionem creditori permittere; & aliud pignus quasi emtum illi adiudicare. Prius dicitur hypothecæ cessio, estque nihil aliud, quam potestas, creditori facta, ut liceat sine denunciatione pignus vel hypothecam vendere; minime vero, ut creditor illud habeat emtionis iure, pretio cum debito compensato, cum si vel maxime verba pacti dubiam admisissent interpretationem, in sensu legali merito accipienda fuere. Non itaque etiam hoc denotat, ut creditori in solutum sit datum pro pretio arbitrio boni viri determinando, sicut putat BRUNNEMANN. *ad L. 1. cit.* in qua sententia quoque versantur CARPZ. *L. 5. Resp. 12. n. 11. 18.* & RICHTER. *ad b. l. n. 5.* cum multis aliis. Neque enim id ex verbis adductis liquido fluit, adeoque creditor illud non sibi pro iusto pretio retinere, sed aliis*

b. f. ven.

b. f. vendere tenetur. Interim pactum tale §) non reprobatur, adeoque tam *pignori*, quam *hypothecae* valide adiicitur, cum, eo non obstante, debitori adhuc integrum sit, pignus luere, sibi que recipere *arg. l. 45. D. de solution.* VOET. *l. c. n. 26.* Proinde hoc legi commissoriae admodum simile pactum ab illa sollicite discernendum venit, cuius species refertur in *l. 16. §. ult. D. de pignor.* *Potest ita fieri pignoris datio, hypothecae, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emtionis possideat rem iusto pretio tunc aestimandam: hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio.* In propatulo est, tale pactum potius constituere *venditionem conditionalem, quam pactum commissorium*, & ab initio statim id agi, ut, debitore certo die non solvente, res creditori tanti sit empta, quanti iustum pretium eius erit die praestituto. Hinc per illud pignus pleno iure non committitur creditori, aut acquiritur, vel a debitore transfertur, ut fit in pacto commissorio. Recte igitur & hoc pactum adiicitur pignori aequae ac hypothecae per *l. cit. 16. §. ult.*

§. XIII. Exponendum (XIII) adhuc est, in quibus ^{In effectibus} praeterea pignus & hypotheca eosdem producat ^{quoque ut plurimum conveniunt.} effectus. Primus est, quod creditor tam pignoris possessionem, quam nudam hypothecam habens ius suum persequi possit, & quidem vel remedio *possessorio* vel *petitorio*. Illud eligens utitur *interdicto Saluiano. l. 1. C. de precar.* Competit vero non tantum creditoribus hypothecariis, sed etiam pignoratitiis, si possessionem pignoris amiserunt, eamque a debitore repetunt *l. 1. D. de interdict. Salu. DN. PRAESES. introduct. in ius Dig. de Saluian. interdict. §. 1. STRYK. de action. inuestig. Sect. II. m. 5. §. 10.* Rem ipsam oppignoratam si petunt creditores, petitoria remedia adhibent, & quidem in specie *actionem hypothecariam*, qua non pignus tantum, sed hypothecam quoque persequuntur. Licet enim pignoris possessio fuerit tradita, contingere tamen potuit, ut postea

amissa sit. *l. 13. §. 3. de pignor.* Inde recte dicitur, inter pignus & hypothecam, quantum attinet ad *actionem hypothecariam*, differentiam nullam intercedere per §. 7. *l. de action.* ibi: *Quasi Serviana autem est, qua creditores pignora hypothecasque persequuntur.* Inter pignus vero & hypothecam (quantum ad actionem hypothecariam attinet) nihil interest. Hac de causa etiam hæc actio dicitur *pignoris vindictio* *l. 16. §. 3. D. de pign. & hyp.* quæ etiam datur contra eum, qui dolo desit possidere. *cit. l. VINN. ad l. §. 7. n. 11. STRVV. S. I. C. ex. 26. tb. 39. & MVLLER. ad eundem lit. V.* Alter effectus est, quod hypotheca operetur æque ius in re debitoris ac quidem pignus, quod supra iam observavi. *conf. l. 30. de noxal. act. l. 19. pr. de damno inf. l. 18. §. 2. de pignor. act. l. 12. C. de distr. pig.* Tertius effectus est, quod in creditorum concursu pignus *privilegiatum* habens in eandem classem locumque collocetur, in quam venit *hypotheca privilegiata*, & quod simplex possidens pignus in classem tertiam ad simplicem hypothecam habentes transferatur *l. 19. C. qui potior. in pignor. & GODOFRED. ibid. in not.* Inde sicuti is, qui in refectionem ædium credidit pecuniam, habet hypothecam privilegiatam, *l. 1. in quib. caus. pign. vel. hypoth. tacit. contr. l. 5. 6. D. qui potior. in pign.* ita & idem creditor possessionem eius domus vel pignoris nactus, eodem gaudet privilegio & iure. Nec enim pinguius ius habet pignus, quam *hypotheca* in concursu creditorum, adeo ut cum utrumque æque ius in re producat, posterior creditor, qui pignus in re alteri hypothecæ iam obnoxia accepit, prioritatem prætereendere non possit *l. 2. pr. qui pot. in pign. l. 2. & 4. C. qui pot. in pign. hab.* Quartus effectus est, ut creditor reddatur securus per *pignoris* possessionem ratione crediti sui, *l. 238. §. 1. de V. S.* & licet possessio eius reuertatur ad dominum vel alium quemcunque, creditoris tamen ius in re illa saluum nihilominus manet, & res cum onere transit suo *l. 12. 17. C. de distr. pign. l. 15. C. de pignor. & hyp.*

potb. l. 8. §. ult. C. de secund. nupt. Eundem effectum producit *hypotheca*, quæ creditorem itidem securum præstat, & quamvis hypothecarius creditor rei possessionem non habeat, ei tamen iura satis prospexere, ne fraudari suo iure possit; sed ut res in hypotheca quidem speciali *expressæ*; in generali vero *omnes & singulæ* specialiter non exceptæ (*v. l. 6. §§. de pign. & hypoth.*) ita afficiantur, ut alienari aliter non possint, nisi cum onere pignoris ipsis inhærente. *l. 2. D. qui potior. l. 6. C. eod. l. unic. C. rem alien. gerentib.* Nec aliud obtinet, si in *rebus mobilibus* hypotheca fuerit constituta, quamvis minus consultum sit, hypothecam in iis constituere, cum facile dispergi, consumi & in loca dis-sita transferri queant, quo ipso ius persequendi sit difficilissimum. Equidem ait Ictus in *l. 238. §. 2. de V. S. unde etiam videri potest verum esse, quod quidam putant, pignus PROPRIE rei mobilis constitui.* Verum per vocem PROPRIE minime exclusit hypothecam in re mobili, quippe quam natura hypothecæ omnino admittit, sed id tantum demonstravit, quoad *originem* olim tantum pignus in re mobili constitutum fuisse, de qua differentia *cap. seq.* dicendi locus erit. Effectus alii partim iam expositi sunt, partim referuandi capiti sequenti.

§. XIV. Quæ adductæ sunt convenientiæ pignoris & hypothecæ in *allodialibus*, indubie obtinent. Sed nihil obstat, quo minus pleraque etiam ad *materias feudales* applicari queant, in quibus etiam pignus & hypotheca quoad plurima conveniunt. Agite, paucis etiam de his videamus. Ante omnia præmitto, ex nexu, qui inter dominum & vasallum deprehenditur, vasallitico potissimum sequi, ut vasallo de bonis feudalibus disponendi potestas libera sit adempta. Hac de causa in vasalli potestate positum haud est, vel directo vel per indirectum aliquid ex re feudalibus alienandi, aut in alium transferendi, nisi dominus in id consenserit, & si quidem feudum est *antiquum*, agnatorum

Conveniunt
pignus vel hy-
potheca etiam
in materia
feudali.

consensus quoque accesserit, 2. F. 52. siue agatur de re tota, siue de parte alienanda. 2. F. 38. 2. F. 55. 2. F. 9. §. donare. Huic consequens est, ut nec pignus in re feudali constitui queat, sine domini consensu *Vid.* 2. F. 55. ubi FRIDERICVS I. in campis Ronchalicis ita disponit: *Sancimus, ut nulli liceat feudum totum vel partem aliquam vendere, vel pignori dare, vel quocunque modo distrahere, seu alienare, seu pro anima iudicare sine permissione illius domini, ad quem feudum spectare dignoscitur.* Sed nec hypothecam valere in feudalibus bonis, irrequisito domini directi consensu, manifestum est. Licet enim res, hypotheca constituta, apud debitorem maneat: transfertur tamen per eam in alterum ius in re, adeoque, si hypotheca simpliciter valeret, fieri posset, ut, debitore non solvente, ad rei distractionem perueniendum esset, quod, ne eueniat, constitutum est, ut nec hypothecæ feudalibus res subici queat. STRVV. *Synt. Iur. Feud. c. 13. §. 7. n. 4.* BERLICH. 2. C. 29. n. 74. Nec obstat, quod hypotheca saltem possit aliquem effectum habere, quamdiu viuit oppignorans eiusque descendentes, adeoque hypotheca sine domini consensu contracta quodammodo valeat; hoc enim licet admitti queat, non inducit tamen securitatem plenam, sed tantum ad tempus aliquod, B. STRYK. *de caut. cont. S. 2. c. 4. §. 4. 6. 7.* & in primis quoad *fructus feudales*, respectu quorum etiam conceditur immissio in feudum. Ceterum si consensus a domino interpositus est, tam in pignore quam in hypotheca, tunc id operatur, ut dominus adstringi postea queat, devolutione feudi secuta, id debiti vsurarumque solutione liberare ab onere reali; hoc si non fecerit, creditori competit ex iure, quod habet in re, facultas retinendi & distrahendi feudum & quidem ideo, quia dominus, in pignus consentiens, in omne id, quod regulariter exinde fluit, consensisse, & sic pignoris alienationem permisisse videtur. *arg.* 2. F. 13. ibi: *Si vero cum domini consensu alienauerit, stabilis permaneat alienatio.* STRVV. *Synt. Iur. Feud. c. 13. §. 7. n. 7.* In oppigno-

pignoratione vero *fructuum* seu *commoditatum* ex feudo prouenientium domini consensus non requiritur; referuntur enim omnia, quæ ex re proueniunt feudali, inter res allodiales & subiiciuntur liberæ vasalli dispositioni. STRVV. *l. c. c. 12. §. 7. n. 1. sqq.* NEGV SANT. *de pign. P. 2. m. 2. n. 48.* Facilius quoque ipsi domino potest vasallus feudum pignori dare, *C. 1. X. de feud.* quia in fauorem domini oppignoratio feudi prohibita est, quo non exclusus videtur casus, qui domino est fauorabilis. Præterea quoque hoc modo res ad dominum seu naturam suam reuertitur, inde de eiusmodi oppignorationis validitate non est dubitandum. Imo si alii etiam, quam domino, hypotheca concedatur in rem feudalem, & id factum sit in domini fauorem, propter eandem rationem hypotheca talis subsistit. MERLIN. *de pignor. L. 2 t. 1. Q. 10. n. 22.* NEGV SANT. *l. c. n. 44.* Idem admitto, si feudum diuiduum vni ex pluribus dominis fuerit oppignoratum, vel hypothecæ suppositum; sic enim, reliquis etiam non consentientibus, feudi obligatio subsistit, quorum nullum hic vertitur præiudicium, cum omnes partem suam liberam habeant. NEGV SANT. *l. cit. n. 45.* Quin etiam tunc oppignoratio & hypothecæ datio vasallo relicta est, si feudum eius est *conditionis & naturæ*, vt vasallo relicta sit libera de eo dispositio, de quo vasallus etiam *inter vivos* disponere illudque alienare, & sic pignoris loco creditori tradere sine domini consensu potest; minus enim adhuc est, pignoris datio, quam alienatio, quæ tamen eo in casu permixta est. STRVV. *Synt. Iur. Feud. c. 4. §. 13.* Hypothecæ eo facilius subici potest *hereditarium* feudum domino inconsulto, cum ita tantum ius in re constituatur creditori, possessione apud debitorem manente, vt ex eius fructibus adhuc seruitia præstare, seu onera feudalia satis commode sustinere queat. MERLIN. *l. c. n. 29.*

Quoad feuda
imperii idem
obtinet.

§. XVI. De feudis imperii & eorum obligatione similiter contenditur: vtrum illa sine imperatoris consensu oppignorari possint? Equidem haud nego, admodum inconueniens esse, facultatem vasallorum *maiorum* seu *statuum imperii* metiri secundum libertatem restrictam quorumvis aliorum humiliorum & minutorum vasallorum in feudis; interim tamen nec immensa nullisque finibus circumscripta potestas iis attribui potest. Hac de causa iam ab antiquissimis temporibus hoc temperamentum vniuersa Germaniae praxis fere recepit, vt quilibet imperii status vnam vel alteram partem sui feudi e. g. certam praefecturam, vulgo ein Amt, pignoris loco creditori libere sine imperatoris vel imperii consensu tradere queat, principatus vero, comitatus integri vel dynastiae neque alienari neque pignoris nexu affici debeant. Nec obstat, quod iure feudali Longobardico vasallis licitum non sit, quicquam alienare, sine praescitu & consensu domini: 2. F. 52. & 55. ius enim feudale commune ad vasallos Longobardicos in hoc, vti in aliis casibus, facilius applicari potest, quam ad status imperii, quorum conditio tractu temporis immutata & in maiorem libertatem, altioreque locum euecta, adeoque maxime diuersa est a vasallorum eorum statu, de quibus disponit ius Longobardicum. Quamuis itaque principes alique status imperii sint vasalli, gaudent tamen sua praeminentia singulari, & maiori in rebus suis libertate, sicut egregie demonstrauit FRANZKIVS in consilio quodam MSC. cuius potiora excerptit STRVV. Synt. Iur. Feud. c. 14. §. 29. 5. Es giebet auch die gemeine praxis, daß Churfürsten und andere hohe Stände des Reichs bey Aufnehmung gewisser Geld-Summen auftheils ihre Aemter, wenn sie gleich derselben possession auf die creditores transferiren, bey der Känserl. Maj. specificum consensum auszubringen nicht von nöthen haben, wie solches der Referent apud GYLMANN. tom. 4. Symphor. vol. 3. part. 1. n. 90. notabiliter ausführet. conf. & consil. Argentor. 30. n. 11. vbi

ubi idem asseritur. &c. Post pauca addit: Und wenn dieses in solchen Stücken also genau von denen Fürstl. Successoribus wolte betrachtet und disputiret werden, so würden dergestalt in dem Heil. Röm. Reiche über alle Maße viel und grosse Irrungen entstehen, und mancher ehrlicher Mann, der nicht allein in solchen und dergleichen Fällen seinem Landsfürsten getrauet, gewaltig zu Furs kommen, sondern auch in der Wahrheit denen Churfürsten und Ständen die Hände überaus sehr in ihrer Landes-Administration gebunden werden, daß sie zu Deroselben Besten weder ichtwas am Gelde in ihren Nothen aufnehmen, noch auch wol, und zwar um so viel destoweniger verdiente Leute, wegen ihrer getreuen Dienste, remuneriren könten. Diem Weil aber das contrarium ex praxi Imperii von vielen langen Jahren hero mit gutem Success zu der Landes Wolsfahrt practiciret worden, so wird man vielweniger dasjenige mit Fug zu difficultiren haben, was titulo oneroso, wie im gegenwärtigen Fall geschehen, acquiriret worden. Ex his simul constat, *hypothecæ constitutionem Imperii statibus multo magis liberam esse, cum illi, qui plus potest, id, quod minus est, non debeat esse ademptum.* HARPPRECHT. *respons.* 66. n. 72. ZIEGLER. *de iur. maiest.* L. 1. c. 4. §. 28. ITTER. *de feud. Imper.* c. 23. §. 5. B. STRYK. *de obligat. feud. conf. munit.* c. 2. n. 10.

§. XVII. Feudis affinia sunt fideicommissa familiarum illustrium, tam *testamento*, quam *inter vivos* constitutorum, quæ posteriora vocantur *fideicommissa conventionalia*, de quibus ex professo agit Dn. HARPP. *de fideic. conuent.* Inter Illustres hoc ipsum potissimum iniri solet per pactum de non alienandis bonis in extraneum, quod sæpe tam late concipi solet, vt comprehendat etiam *acquirenda*, so wol die Güter, die wir aniezo haben, oder noch künfftig überkommen mögen, vbi potissimum quæstio nascitur: an *pignoris & hypothecæ* datio in eiusmodi bonis valeat? Equidem de iure Romano quin valere debeat, nullus dubito. Quod enim ad *pignus* attinet, notum est, pactum non afficere rem ipsam,

Conueniunt
pignus & hypo-
theca etiam
in fideicom-
missis familiæ

Vtrumque in
his valet de iu-
re Romano.

l. 2. pr. de pollicit. adeoque his, quorum interest, non alienari vel oppignorari talia bona, non competere *realem* actionem contra tertium pignoris possessorem, sed tantum actionem *personalem* contra eum, qui contra datam fidem pignori rem dedit. Nec in simplici *hypothecæ* constitutione aliud obtinet, cum pactum inter alios initum aliis non præiudicet, adeoque hypothecaria agenti non possit obici exceptio *pacti*, quod ipsum nec stringit, nec concernit. Neque tale pactum *nullitatem alienationis* operatur, sed tantum obstringit paciscentem, ne rem alienet, sed fidem datam servet; interim tertio b. f. possessori non obest. BACHOV. *de action. D. 4. tb. 19.* GAIL. *l. 2. obs. 16. n. 5.* SCHILT. *ex. 40. §. 49.* RICCIUS *dec. 471.* Equidem si in *traditionibus* rerum tale pactum adiicitur, h. e. si eo tempore, quo in alium transfertur, pactum de non alienando additur, illud plus operari, facile concedo per *l. 48. de pact.* & in primis per *l. 5. C. si mancip. ita venier.* quia hac traditione non libera potestas, sed ius *limitatum & restrictum* in alterum translatum est, & conditio, sub qua alienatio facta, cohæret rei, quæ eius alienationem impedit, id quod his verbis in *cit. l.* exprimitur: *neque enim conditio, quæ personæ eius cohæsit, immutari facto eius, qui ea lege comparavit, potest.* Sed diuersa est ratio intuitu illorum bonorum, quæ singuli iam possident, quæ olim pleno iure acquisiuerunt, & quibus in acquisitione a tradente talis lex non est præscripta. Ratione horum tale pactum idem operari nequit respectu tertii possessoris. Equidem in *l. f. C. de reb. alien. non alien.* pacto tali hic effectus tribuitur, ut omnis alienatio sit *prohibenda*, quod facile admitto, si is, quem ex *cit. l. 5.* supposui casum, adsit, h. e. si tale pactum inter contrahentes traditioni adiectum sit; de eo enim textum commode intelligi posse, suadent verba: *Si pactio contrahentium*, h. e. qui contractum, quo res alienatur, inierunt, *hoc admisit.* Imo si etiam de illo casu, quem in quæstione supposui, lex loqueretur, id tamen tantum inde colligi

colligi posset, alienationem esse *prohibendam*, h. e. eos, quorum interest, interuenire & *prohibere* posse, ne alienatio fiat; factam autem reuocare eisdem posse, minime asseritur; nec enim omne, quod prohibitum, est ipso iure nullum, quid? quod contrarium in *l. 61. de pact.* asseratur, vbi dicitur: *nemo paciscendo efficere potest, ne inuito vicino prædium alienet*, h. e. vt alienatio sit nulla, quamuis pactum inter paciscentes aliquem effectum habere possit. Vnde recte distinguit HERTIVS *diff. de pact. ne domin. rem suam alien. §. 17.* inter pacta *constitutiuia* & *reseruatiua*: illa, ait, non afficiunt rem, sed personam tantum adstringunt & obligationem constituunt; hæc vero, quibus sibi quis reseruat ius competens in ipsa traditione, alienationem prorsus impediunt, & ita ex iure reseruato reuocari res alienata potest & quidem actione reali, quia tantum sub hac conditione dominium est translatum, ne res alienetur: hac conditione deficiente, dominium, quod implicite in hoc casu sibi reseruauit alienans, reuiuiscit, & effectus suos exferit, cum qualemunque legem quilibet suæ rei dicere queat. *l. 20. §. 1. de pact. dotal.* Nec contrarium euincitur ex *l. 7. in f. de distr. pign.* vbi constitutioni pignoris vel hypothecæ hæc lex adiecta: *ne licent debitori rem vendere.* Nam 1) pactum hoc ipsi pignoris dationi adiectum est, & sic quodammodo ad casum in *l. 48. de pact.* expressum pertinet, & quamuis 2) non illi, cui traditur, hæc lex sit imposita, salua tamen est creditori actio realis ex pignore vel hypotheca contra quemuis possessorem, & denique 3) dicitur; *nullam esse venditionem*, vt emtor ex illa agere non possit, ad implendum contractum creditore interueniente; non vero dicitur, nullam alienationem ad hunc effectum, vt ne quidem translatum sit dominium. MVDAEVS *ad tit. de pignor. & hypoth. rubr. de pact. pign. n. 18.* HERTIVS *cit. l. n. 11.* Equidem in contrariam abit sententiam HARPPRECHT. *de fideic. conuent. 1. §. 65. n. 9. sqq.* sed fere tantum autoribus Dd. pugnat, quorum tamen ingentem numerum

merum quoque in contrarium antea adduxerat, quos etiam in scenam producit HERTIVS §. 16. Adeoque si Dd. sententiis pugnandum esset, persuasissimum habeo, insignem cohortem, a nostra sententia stantem, in aciem produci posse; verum rationum ponderibus, non auctoritatibus, pugnandum esse noui. Interim quia tali fideicommisso conuentionali eo casu, quo simpliciter bonorum omnium alienationem paciscentes prohibent, in effectu *ius succedendi pactitium* constituitur, quod moribus *ius hereditarium* tribuit, imo id potissimum intenditur, facilius concedo, etiam hodie successores in hoc fideicommisso propter *ius hereditarium* pacto quæsitum bona reuocare posse a creditoribus. Quia vero hoc casu non sunt successores *singulares*, sed *uniuersales* & pactum hodie in his casibus idem operatur, quod testamentum, h. e. *ius hereditarium*, quod sua natura titulum uniuersalem constituit, non aliter ea reuocare possunt, quam debito soluto, h. e. pignus & hypothecam luere tenentur, ut alii heredes, quorum vicem & statum sustinent. vid. B. STRYK. *diff. 8. de success. ab int. c. 7. §. 44.* Proinde si res esset prorsus alienata, ne quidem rem reuocare possunt, quod factum defuncti, ut *heredes uniuersales*, præstare teneantur. IDEM *cit. tr. diff. 7. c. 1. §. 7.* Qui dissentiunt, notione *pacti* decipiuntur, quod de iure Romano titulum *singularem* vnice constituit, id quod tamen satis incongrue ad ius Germanicum & hodiernam praxin transferunt. Incognita erat *successio conuentionalis*, nec pacto *ius hereditarium* ordinarie constituebatur, adeoque non poterat non, qui pacto quid acquirebat, dici singularis successor. Interim eam admittebant rationem, ut etiam is, qui hereditatem emerat, alioque titulo singulari acquisiuerat, heredis loco esset, eiusque onera subiret, l. 2. §. 8. & 18. *D. de hered. vel act. vendit. l. 9. D. commun. præd.* multo magis ergo id admittendum erit moribus nostris, quo

quo per pacta *ius hereditarium* alteri quæritur, cui non possunt non inesse onera hereditaria in eo consistentia, ut 1) factum defuncti præstet; 2) aes alienum defuncti soluat.

CAP. II.

DE

IVRE HYPOTHECAE ET PIGNORIS DIVERSO.

§. I.

EXpositis iis, in quibus *pignus* & *hypotheca* præcipue conveniunt, accedo iam ad thema huius dissertationis principale, ostensurus differentias utriusque capitales, fontesque aperturus, unde ex utriusque diversa natura & indole alia atque alia iura derivantur. Sat multæ adductæ sunt convenientiæ; verum differentiarum quoque non minor est numerus, ut vel inde facile constet, pignus ab hypotheca sedulo adhuc esse discernendum. Sicut autem omnino conveniens est, ut res diversæ diversis insigniantur nominibus; ita quoque pignus & hypotheca satis congrue & *appellatione* & *significatione* sunt distincta & a se invicem separata, ut eo rectius quidvis seorsim considerari, & ex propriis suis iuribus diiudicari queat.

§. II Pignus quid proprie denoter, vel ex *vocis* derivatione constat, unde olim notabilis deducta fuit differentia. Pignus dici a *pugno*, olim observavit CAIVS in l. 238. §. 2. d. V. S. quia res, quæ pignori dantur, manu tractantur. Inde infert: *Vnde etiam potest videri, verum esse, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui.*

Olim tantum pignus in re mobili consistebat, hypotheca in immobili.

Origini hoc consentaneum esse, & hoc intuitu vocem
proprie Ictum adhibuisse, censet SCIPIO GENTILIS. *lib.*
singul. orig. voc. pignus; sed *originis rationem* non tradit.
 Magis rem acutetigisse videtur GRAVIN. *in orig. iur. civil.*
l. 2. §. 78. aiens: *pignoris nota erat manus compressio, unde*
Ictus ait, pignus dictum a pugno. Hinc apparet, *pignus*
proprie ad res mobiles pertinere. Ea forsan de causa etiam
 passim *pignoris depositi* fit mentio apud PAULUM *lib. 2.*
sent. tit. 5. §. 1. & lib. 5. tit. 26. §. 4. l. 36. D. de condict. indeb.
 ut non inepte IUSTINIANVS in §. 7. *l. de action.* asserere
 videatur, *pignoris appellatione propriam contineri, quæ*
simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit. Quam-
 vis vero, cum SALMASIO *de mod. usur. c. 13.* MENAGIVS
amoen. iur. civ. c. 30. CAIL derivationem, ut falsam & ineptam,
 reiiciat, id tamen ad minimum negari nequit, primordialiter
pignus ex aliis causis in rebus mobilibus tantum constitu-
tum fuisse, ut multa Ictorum loca arguunt. Neque enim
res immobiles commode pignori tradi posse credebantur.
 Hæ *sua natura* fructus ferunt, quos tamen ex *natura contra-*
ctus percipere non poterat creditor, quæ vnice *securitatem*
creditoris pro credito intendebat; nec initio *pignus anti-*
chreticum notum fuisse videtur. *Fiducia* potius vetustissi-
 mis temporibus adhiberi solebat, quando *res immobiles* in
 securitatem essent dandæ. Erat fiducia contractus, quo res
 creditori mancipabatur, vel in iure cedebatur, ut soluta ad
 diem pecunia, remanciparetur, non soluta, creditori pleno
 iure committeretur. Transferebatur in hoc contractu
 dominium, & vi eius fructus possessor percipere poterat.
 PAUL. *lib. 2. sent. lit. 23. §. 2.* GUTHERIVS *lib. 3. de iur.*
man. c. 2. SCHULTING. *in iurispr. antei. p. 282. seq.* Erat
 ergo fiducia pignoris ius affine, quo intuitu sæpe coniun-
 guntur apud PAULUM, *l. 6. sent. tit. 26. §. 4.* magnopere
 tamen differebant. Tandem ut etiam sine *mancipatione* &
fiducia res immobiles possent obligari, *pactum hypothecæ*
 Prætor

Prætor intuitu earum introduxit, ne pignoris causa nimis arcte concluderetur. Ita ergo I Cti, qui differentiam inter *pignus* & *hypothecam* constituere, non errarunt sed *primordia iuris antiqui* rettulerunt, & praxin antiquorum temporum enarrarunt. Hæc primordia vero ibi non subsisterunt, ubi inceperunt, sed praxi forensi latius extensa sunt, ut ex multis liquet. Inualuit paulisper etiam *pactum anticbreticum* l. 33. de pign. act. l. 11. §. 1. de pignor. quo introducto, etiam res immobiles pignori datae sunt, & ita tandem differentia ratione obiecti sublata, admissumque, ut pignus tam in re mobili quam immobili constitui posset, l. 8. §. 5. D. transact. l. 2. §. de relig. l. 39. d. pign. act. & similiter quoque hypotheca in utraque re valeret.

§. III. Hæc quæ dicta sunt, eo magis illustrabantur, si originem & rationem hypothecarum intuemur. Hypotheca deriuatur a Græco verbo ὑποθήκαι, quod *supponere* & *obligationi subiicere rem* significat, quod quidem non solum de rebus immobilibus, sed etiam mobilibus prædicari potest. In has enim æque potest creditori ius in re constitui ac in immobiles; si tamen id, quod *consultum* est, intuemur, facile apparet, non adeo secure id fieri propter facilem translationem rerum mobilium in alium, & eas recuperandi difficultatem. Est itaque hypotheca in sensu natiuo *ius reale in re debitoris constitutum in securitatem debiti, sed citra traditionem, ut res per conventionem nudam obligetur, & in nexu constituatur.* Id ipsum vero ex *naturali ratione* deduci non potest, uti quidem pignoris causa. Hæc ex sua natura securitatem operatur, adeoque quod *traditur* alicui in *debiti securitatem*, apud omnes gentes hunc habuit effectum, ut ratione debiti securitatem operari posset, & sic etiam ante omnes leges civiles iam in praxi & obseruantia fuit. Eius exemplum exstat in codice sacro Gen. 38. v. 17. ubi Thamar a Iuda socero suo pignoris loco petierat eius annulum, baculum, cingulumque, usque dum promissam mercedem consequeretur, adeoque

Hypotheca iuris mere civilis inuentum est; pignus vero in ratione naturali fundatum.

adeoque recte pignoris electio iuris naturalis esse dicitur GROTIUS *de I. B. & P. L.* 2. C. 12. §. 13. n. 1. quamvis negari non possit, eius originem non esse ex hominis erga hominem beneficentia, sed ex diffidentia in personam, & quia credunt, satius esse pignori incumbere, quam in personam agere. l. 25. *de R. I.* Hypotheca vero non æque in *ratione naturali* fundata est, nec aliunde venit, quam ex *iuris civilis* inuentione & dispositione. Ante eius determinationem vix concipi potuit, quomodo alicui possit dari securitas in re, quam non possidet, quæ ei non traditur; cum tamen omnis securitas primario inde, quod quis rem teneat, derivanda sit. Ignotum igitur iure gentium fuit, quid esset hypotheca, quosue produceret effectus? sicut egregie ostendit ROCCA *Disput. select.* c. 72. n. 20. *sqq.* docetque, illud esse figmentum iuris civilis Romani, adeoque vix esse, ut inter gentes rudera eius sint apparitura. Sane in statu naturali viventibus hypothecæ plane inutiles videntur, cum securitatem absque possessione non habeant, sed ad eius consecutionem bellum gerere aut vi hypothecam occupare teneantur, quod etiam ob debitum gerere possent, si vel maxime nulla esset hypotheca constituta. Nam *non solutio debiti* est iusta causa belli, & ex hac etiam rerum occupatio per se fluit, ut adeoque *conventio hypothecæ* videatur esse superflua. Maiorem utilitatem ex tali conventionione habere possunt, qui in *ciuili statu* viuunt, quippe qui communem iudicem in republica habent, hypothecæque possessionem nancisci per eum possunt, si iure ciuili hic effectus nudæ conventioni tributus, ut ius in re operetur. ROCCA *disp. sel.* c. 72. n. 33. Illustrabo id verbis PUFFENDORFFII, qui *lib. V. de iur. nat. & gent.* c. 10. n. 16. ita differit: *Solet ius Romanum distinguere inter pignus specialiter sic dictum, & hypothecam; quorum illud constituitur rei traditione, hæc autem constat nuda assignatione boni alicuius potissimum immobilis, ex qua solutione non facta, suum nancisci possit creditor.*

Nam

Nam res mobiles nuda hypotheca obligari inconueniens est, cum facile possint remoueri, & sic creditori nequeant securitatem præstare. Circa hanc distinctionem notandum, illam utiliter locum posse habere inter ciues eiusdem reip. Nam cum frequens urgeat necessitas mutuum sumere, huius solutio sæpe in diem solet differri; neque semper ea rerum mobilium copia sit, quæ sufficiens præstare pignus queant: inde durum nimis foret, statim ad traditionem rerum immobilium, puta, ædium aut fundorum adigi. Conf. etiam Exod. 22, 26. 27. Deuter. 24, 6. Iob. 22, 6. 24, 3. Prov. 20, 16. l. 6. 7. D. de pignor. Igitur sufficiebat rem immobilem designari, qua creditori caueatur; quæ neque auferri, & in quam per iudicem immisio semper obtineri possit. Ast inter eos, qui in libertate naturali inuicem viuunt, nudæ hypothecæ sunt inutiles. Nam ubi ultro debitor soluere renuerit, vi utique & armis erit inuadenda possessio hypothecæ. Atqui etiam citra assignationem hypothecæ inter tales quælibet bona debitoris inuadere licebat. Addit tamen B. HERTIVS de pign. conuent. tacito §. 1. postquam locum PVFFENDORFFII adduxit: potior nobis videtur ratio: ut dominium, ita & ius in re sine traditione vera vel quasi, etiam secundum ius naturale non possit constitui.

§. IV. Inde per se fluit, principem tollere ius illud posse, nec eo ipso agere contra ius naturæ vel gentium. Quæ enim mera iuris ciuilis inuenta sunt, omnemque suam causam ei debent, legislatoris voluntate tolli & abrogari possunt. ROCCA l. c. c. 131. n. 36. Non æque facile pignoris contractus tolli potest, quippe quem necessitas humani generis & indigentia produxit, & quo respublica carere non potest. Interim legislatoris utique est, hoc negotium specialius determinare, ne humanitatis regulæ nimis ex diffidentia & creditorum duritie lædantur. Notatu sane digna est diuina dispositio de pignoribus, qua eorum rigorem temperauit, sine dubio eam ob rationem, quod optime hominum indigentia conscius esset, cognitumque haberet, naturali rationi admodum conforme esse, aliorum mentes tenaciores

Hypothecam princeps plene tollere potest, non æque pignus.

per *realem* rerum *traditionem*, & talem securitatem ad pecuniam credendam commouere. Deprehenditur ipsa divina dispositio in republica Iudaica, in specie vero *Exodi* 22, v. 26. 27. ubi statutum videtur fuisse inter Hebræos, ut creditor debitori vestem oppignoratam, vel alia utensilia, quibus interdum carere non poterat, restituat singulis diebus, & quidem si in veste consistebat pignus, vsui diurno inferuiente, oriente sole illa singulis diebus erat reddenda; si vero nocturno vsui erat destinata, occidente sole ad debitorem ut reuerteretur, curare debebat. HAHN. *ad Wes. L. 13. Tit. 7. n. 7.* De hypotheca nihil decernitur, quippe quæ tunc temporis fuit ignota, adeo ut nulla eius vestigia in sacris appareant.

Differentia ab
eius indole &
natura petita.

§. V. Naturam *pignoris* si intuemur, inter *contractus* iuris gentium illud locum suum obtinere, in confesso est, & quidem inter *contractus* reales, qui non aliter, nisi *rei traditione* perficiuntur, qua de causa pignus necessario in creditorem transire debet, tam diu, donec pecunia fuerit reddita restitutaque. *l. 138. §. 2. de V. S. §. 4. l. quib. mod. re contr. obl.* Hypotheca vero est *pactum prætorium*, quo res penes debitorem manet, & creditori in illam *ius reale* solummodo promittitur, & ex singulari iuris prætorii dispositione eidem acquiritur, ut propter qualitatem rei hypothecatae inditam non soluto debito contra quemvis eius possessorem agere queat. Prætores demum huic pacto vim tribuisse notum est. De iure ciuili talis conuentio non tantum *nuda* erat, & ita *sine omni effectu*, sed etiam præterea securitatem nullam creditori præstare posse videbatur. Ipsa promissio erat *nuda voluntatis declaratio*, quæ etiam in conuentione de reddendo debito occurrebat, & præter *obligationem personæ* alium haud producebat effectum. Ut *ius in re* in alterum transferretur, *traditione* opuserat, quæ hic deficiebat. Quid? quod securitas, si quæ creditori tribuenda, per *rez traditionem* facienda videbatur, quod etiam *ius ciuile* optime perspexit. Prætores tandem tali conuentioni, sine tradi-

traditione interpositæ, extra ordinem, & contra rationem iuris ciuilis, plenam efficaciam attribuere, vt effectus pignoris haberet. Equidem si verum fateri licet, in effectum hodie non amplius est differentia inter *pacta* & *contractus*, cum hodie ex *pacto* quolibet detur valida actio, sicuti ex *contractu*, SCHILTER. *prax. iur. Rom.* VOET. *ad D. L. 2. Tit. 14. n. 9.* & consequenter nec dici potest, hodie *pignus* & *hypothecam* differre ratione consensus, quo constituuntur. In eo tamen utique discrimen occurrit insigne, quod *hypotheca*, creditori concessa, nihil aliud contineat, quam *ius* quoddam *fictum*, seu *intellectuale* in re alterius per iuris Romani dispositionem introductum & determinatum; *pignus* e contrario in specie sic dictum, nihil *ficti* in se habet, sed reuera existit in manibus creditoris, vt ille ei incumbere queat in debiti securitatem. MERLIN. *l. c. L. 4. q. 181.* Hac de causa non adeo errare videntur, qui, quod traditur, *verum*: *hypothecam* vero *fictum pignus* appellant, ROCCA *disp. select. c. 72. n. 23.* quia in illo adest realis securitas, non item in hac, sed multis ambagibus adhuc opus est, vt quis tandem, pretio non soluto, possessionem rei sibi obligatæ consequatur, vnde tandem securitatem plenam & realem nanciscitur.

§. VI. Est ergo primaria differentia, vnde tot diuersa iura fluunt, in eo quaerenda, quod in pignore *possessio vera* in creditorem transferatur, eaque, saluo quamuis iure domini, a debitore ita abeat, vt etiam furtum eius committere possit. *§. 10. Inst. de obligationib. quæ ex delict. nascuntur.* In *hypotheca* possessionem debitor retinet cum omnibus iuribus & commodis, quibus creditor hoc casu destituitur. Equidem iam supra *Cap. 1. §. 3.* obseruaui, de iure Romano *pignus* in *bonis debitoris* manere, nec, translata possessione, simul transferri dominium. Quia tamen, vt PAVLVS in *l. 1. §. 1. de acquir. vel amitt. possess.* ait, *dominium ex naturali possessione capit*, ita plurimi effectus tam *dominio* quam *possessioni* co-
Transit vero possessio in pignore non in hypotheca.

Imo iure Germanico ius domini simile transfertur.

hærent, ut ipsemet creditor ius quoddam dominio simile in pignore habere videatur, prout infra per varios iurium effectus declarabitur. Quod si paulo propius *iuris Germanici* placita intuemur, adhuc insigniorem inter pignus & hypothecam notabilioremque deprehendimus differentiam, maxime si res immobiles, fundi, castra, tractusque terrarum pignori subiecti sunt, cuius possessorem einen Pfand-Schilling's Inhaber appellare solent, & cui ius quoddam potentius, experientia teste, tribuitur. BESOLD. *in thesaur. pract.* voce Pfand-Schilling. MARTIN. VRAN. *volum. 2. consil. 56. n. 5.* B. STRYK. *in V. M. tit. de pignorat. act. §. 7.* Ill. Dn. THOMAS. *de Vsu Pract. distinct. inter emt. cum pact. retrovend. & contract. pignorat.* STRAVCH. *de oppignor. rer. imper.* Ut paucis rem complectar, quam prælaudati autores, & inter illos quoque Exc. Dn. GUNDLING. *diff. de iur. oppignor. territ.*, plena manu explicuerunt, Germani ad primordia rerum & iurium respexerunt, considerantes, ipsa dominia ex *naturali possessione* cœpisse, & inde inferentes, per traditionem pignoris, maxime antichretici, ius quoddam domini in creditorem transire debuisse. Habet ergo *ius Germanicum* hoc singulare præ *iure Romano*, quod creditori, rem oppignoratam possidenti, concedat *dominium quoddam utile* illius rei, ut cuius fructus ex illa natos percipere & suos facere possit. Debet hoc dominium utile originem suam non iuri Saxonico solum, sed etiam Sueuico, estque sic reuera iuris Teutonici. Conveniunt in eo ambo specula, tum Saxonicum, tum Sueuicum, ut ius dominio simile in creditorem transeat, idque obtinuisse per totam Germaniam, vel inde constat, quod antiqua Diplomata de hoc iure adhuc loquantur, & praxis imperii recentior cum antiquo conspiret. Cont. *Sachsen-Spiegel L. 3. art. 64.* *Schwaben-Spiegel L. 1. c. 108.* Aliis hoc testimoniis exornat STRAVCH. *de oppignoration. rerum imp c. 10. §. 34.* Docet etiam praxis seculi 13. & 14. ut & antiquorum temporum, quod posses-

possessoribus pignorum in Germania semper permissum fuerit, ex rebus immobilibus oppignoratis, quas dixere ei-
 nen Pfand-Schilling, omnes fructus percipere, sine vlla ra-
 tionum redditione, vsque dum fors iterum soluta fuerit, vti
 probant *formula Marculphi & Sirmondica*, apud Ill. Dn.
 THOMAS. *diss. de usu Pract. distinct. inter emt. cum pact. de
 retrouvendendo & contractu pignor. c. 2. §. 28. sq.* nec subla-
 tum est illud ius per iurisprudentiam Romanam in foris
 Germaniæ postea receptam. Licet enim quidam interdum
 fuerint, qui secundum ius Romanum rationes de bonis in
 antichresin datis petierint a creditoribus; alii tamen, & qui-
 dem rerum Germanicarum peritiores, iuxta praxin anti-
 quam iuris Germanici a rationibus reddendis eos libera-
 runt, contenderuntque, pignus eiusmodi Germanorum
 magis esse in effectu *emtionem cum pacto de retrouvendendo*,
 quam pignus cum pacto antichretico, cum fructus omnes
 sine rationum redditione suos faciat creditor, nec in sortem
 quid computare teneatur. Inde etiam est, quod multis ICtis
 admodum familiare sit, asserere, oppignorationes huius-
 modi cum retrouvenditionibus in effectu eadem iura habere,
 id quod tamen tantum intelligendum est respectu habito ad
 ius Romanum, non Germanicum. Inualuit enim tandem
 mos hic loquendi, oppignorationes & venditiones esse u-
 num idemque, quia Iureconsulti academici, introducto in
 Academiis iure Iustiniano, oppignorationibus hisce ob ef-
 fectuum ex iure Germanico identitatem applicuerunt *iura
 retrouvenditionis*, & inde argumenta traxerunt, quæ rectius
 ex antiqua & genuina natura oppignorationum Germani-
 carum petere potuissent. Interim, hac non obstante incom-
 moda argumentandi ratione, immutata permansit antiqua
 oppignorationum natura, sicut profitentur ICri celeberrimi
 WESEMBEC. *consil. 173. 199. 309. n. 6.* BESOLD. *thesaur. pract.
 voce Pfandschaften.* L. B. DE LYNKER. *Respons. 148. n. 67.*
 HERTIVS *de superioritate territoriali §. 65.* STRAVCH *de*
 oppigno-

oppignorat. rer. imper. c. 10. §. 33. WEHNER. Observ. Pract. verb. Pfandschaft. B. STRYK. V. J. M. ad tit. de pignor. act. cit. l. Hinc ille, qui tenet castrum per contractum pignoratitium, vulgo Pfandschaft, non tantum facit fructus suos, secundum totius fere Alemanniæ consuetudinem generalem, sed etiam alios effectus dominii in eo exercet, quod confirmat GYLMANNVS, tom. 4. p. 1. 41. n. 14. *inquiens: secundum consuetudinem Germaniæ receptum est, interveniente pacto, de lucrandis fructibus pignoris maxime ubi castra & ciuitates pignoratæ sunt, easdem cedere creditori.* Non obscure quoque dominium utile in *Instr. pac. Westph. Art. V. §. 26.* adscribitur creditori, cum debitori tribuatur *dominium directum*, quod fieri non potuisset propter correlatiuorum & indolem & rationem, nisi iuris fuisset Germanici, ut creditor etiam haberet dominium aliquod utile bonorum oppignoratorum. Putat quidem ICtus celeberrimus, IO. STRAVCHIVS, in dissertatione allegata, ius illud creditoris nihil aliud hodie esse, quam quod Romanis olim fuerit *fiducia*, de qua in Codice Theodosiano vestigia supersunt. Sed si vel maxime quædam convenientia in ea deprehenditur cum pignore Germanico, minime tamen credendum est, Germanos iura sua a *fiduciario contractu* Romanorum mutuassee, quamvis hætenus in eo conveniant, ut sicuti fiducia Romanorum dominium quoddam in creditorem transferat cum fructuum perceptione; ita per oppignorationem Germanorum itidem dominium & fructus in creditorem transeunt, ut iam antea monui. Repetenda potius sunt iura pignorum ex institutis Germanorum pristinis, cum, quæ dominata sunt, quæ propriam rationem habent, aliunde peti haud debeant. Conf. ill. Dn. THOMAS. *in not. ad cit. STRAVCHII Dissertationem.* Dominium vero istud utile creditoribus hætenus vindicatum in oppignorationibus, minime iis tribui potest, qui hypotheca tantum in debitoris gaudent bonis immobilibus.

bus. Illi enim hypothecarii creditores nec possessionem, nec aliud ius, ratione fructuum percipiendorum consecuti sunt, hinc solo *iure reali* tantum contenti esse debent, quod ex iure Romano in Germania receptum est, vi cuius in concursu suum peculiarem locum obtinent; extra eum vero ius persequendi hypothecam habent contra quemvis possessorem. Hæc de conceptu *pignoris & hypothecæ* diuerso. De specialioribus effectibus infra agendi locus erit.

§. VII. Quærunt quidam etiam differentiam inter pignus & hypothecam quoad *personas acquirentes*. Permissum enim esse nonnullis hypothecam acquirere aiunt, quibus pignora habere non licet. Sic prohibentur *forenses* in quibusdam locis per statutum bona stabilia acquirere, qui consequenter a pignorum, in rebus immobilibus consistentium, possessione quoque arcantur, quod talis pignoris acquisitio sub eiusmodi statuto comprehendendi videatur; sed hypothecam esse eiusmodi creditoribus interdictam, nemo asserere audet. *ROCCA. disput. iur. select. cap. 139. n. 18. § 99.* Eiusmodi enim statuti interpretatio vim inferret legislatori seu eius auctori, cuius intentio eo tantum fuit directæ, ne bona ab aliis quam propriis subditis possiderentur. Tetigi iam *c. antec. §. 7.* illam observationem, & asserui, alienatione in forenses prohibita, non statim censeri pignoris vel hypothecæ constitutionem interdictam. Vnde potius mens statuti penitus est consideranda. Si tam late illa patet, ut omnis possessio rerum immobilium forensibus sit interdicta, ut nequidem prædia conducere possint, nec immobilia sub pignore antichretico accipere queunt, quamuis iis hypotheca constitui queat. Ceterum si statuti ratio tantum translationem domini in forenses prohibet, tunc obtinet *l. 24. de pign.* de qua dixi *cit. l. p. 9.* Inde quæritur, an Iudæi possint pignus habere in rebus immobilibus? Equidem constat inter omnes, quod

De differentia
quoad perso-
nas acquiren-
tes.

quod bona immobilia non magis possidere possint, quam eis concessum est, ad honores & dignitates adspirare. Habentur in tota fere Germania quodammodo pro infamibus & peregrinorum instar, adeo ut iuris communis in uniuersum participes non sint, maxime in quantum hoc illis prodesse posset ad ampliandam & stabiliendam eorum potentiam seu libertatem sibi vindicandam, id quod potissimum statuta determinant. Quam ob rem nec res immobiles pignoris antichretici nexu affectas possidere possunt iis in locis, ubi nec prædia conducere possunt. Reuera enim in antichresi præter *pignus* de iure Rom. tacita quædam latitat *locatio*, *l. 14. C. de usur.* adeoque qui conducere prædia prohibetur, nec iure antichretico illa possidere possunt. Militibus interdicta est locatio prædiorum rusticorum *in l. 31. C. locat.* similiter clericis locatio prædiorum secularium *Nov. 123. c. 6.* An ergo possunt iure antichretico possidere prædia rustica? Equidem simplicem hypothecam in talia prædia acquirere non prohibentur; ast a *pignore antichretico* merito arcentur, quia in eo eadem si non maior ratio est quæ in locatione prohibita occurrit. Quid vero si Iudæis speciatim permissum, ut possint mutuum dare sub pignoribus & tamen prædiorum rusticorum conductio eis interdicta sit? Illam permissionem hoc casu temperandam & limitandam esse crederem, ut non extendi debeat ad pignus antichreticum rerum immobilium, cum lex generalis ex *speciali* exceptionem accipiat. Extra hunc casum, si conductio iis non est interdicta, sed tantum simplex bonorum acquisitio, merito accedo sententiæ *ROCCAÆ cit. l. facultatem scenerandi sub pignoribus Iudæis concessam etiam ad immobilia extendendam esse*, quamuis *MERLIN. de pign. lib. 1. tit. 3. qu. 16.* dissentire videatur.

In modo constituendi est diuersitas.

§. VIII. Ante omnia differentia insignis deprehenditur *in modo constituendi*. Hypotheca, quibuscunque verbis etiam

etiam absque scriptura, solo consensu, contrahitur, imo in eius constitutione magis contrahentium mens, quam verba inspiciuntur, *l. 4. D. de pign. & hypoth.* ut voluntas tacita etiam sufficiat, si aliunde certum sit, quales res debitor in securitatem velit esse obligatas. HARPPRECHT. *Respons.* 93. n. 12. adeoque de voluntate eorum certo constare debet. *l. 11. C. quæ res pign. l. 8. C. qui pot. in pign.* Ex temporis cursu constitui nunquam potest; licet enim creditor per longum tempus vel longissimum teneat instrumentum, hypothecam tamen per id sibi constitutam esse, asserere nequit. MERLIN. *L. 1. q. 33. n. 2.* HAHN. *ad Wesenb. L. 20. tit. 1. n. 4.* Pignus vero nudo consensu non contrahitur, sed rei traditione, & ita quoque diuersum adest obligandi fundamentum. Ait Imperator in *§. 4. quib. mod. re contrah. obl. creditor quoque, qui pignus accepit, re obligatur*, adeoque antequam rem accepit, non adest obligatio, nec pignus contractum. Proinde si sub pœna pignus in quadam re constitui prohibitum est, illa locum habere nequit, antequam pignori accepta sit. Ait Ictus in *l. 5. quæ res pign. creditor, qui sciens filium famil. a parente pignori accepit, relegatur.* Quid si tantum conuentio de pignore dando inita? pœnæ locus non erit, cum sola destinatio nec pignus nec hypothecam constituat. *l. 4. eod. l. 11. pr. qui potior. in pig.* Hinc errat WESENBECIVS, existimans, nuda conuentione pignus constitui, & contractibus consensualibus annumerandum esse. Nec obstat, *l. 1. D. de pignoratit. act.* ubi Ictus ita: *pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conuentione, et si non traditum sit.* Vox pignoris enim hoc loco non denotat contractum, sed accipitur pro iure reali pignoratitio, quod vel traditione constituitur, vel per nudam conuentionem. Apertius hoc probat *l. 44. §. 5. de usucap. non mutat usucapio superveniens proemtore vel herede, quo minus pignoris persecutio salua sit.* Ut enim ususfructus usucapi non potest, ita persecutio pignoris quæ nulla societate domini coniungitur, sed

G

sola

sola conuentione constituitur, vsucapione non perimitur. De persecutione pignoris seu iure reali hoc loco sermo est, quod nuda conuentione etiam constitutum fuit. Persecutio enim est effectus iuris realis & sola conuentione, idem denotat, quod in l. 1. cit. nuda conuentio, nec dici potest, quod contractus non perimatur vsucapione, sed potius ius reale. Imo ne quidem assertum WESENBECHII accipi potest de nuda hypothecae conuentione, quam etiam MERLINVS de pign. l. 1. qu. 6. n. 2. contractum innominatum dicit, & alibi contractum consensualium; nam, ut recte obseruat HERTIVS de pign. conuent. tacit. §. 2. contractuum consensualium ea est indoles, ut vterque contrahentium ex iis obligetur; hypothecae autem constitutio vtraque ex parte obligationem non producit, neque ex ea creditor aut debitor obligatur haecenus, ut actio personalis inde nascatur: vnde per nudum pactum hypothecam constitui, recte Romani dixere. Pignus utique contractum constituit, indeque nascitur obligatio bilateralis, & actio personalis tam directa quam contraria. Ex pacto hypothecae nulla personalis actio fluit, sed per illud ius in re producit, ex quo realis, hypothecario scilicet, fluit. Nec dici potest, hodie tamen ex pacto de pignore dando adesse actionem personalem, & tale pactum ad minimum hypothecam constituere; nam pactum de pignore dando adhuc separandum ab hypothecae conuentione. Videndum utique in omni negotio, qua intentione aliquid agatur. l. 7 §. 12. de pact. Cui promittitur datio pignoris, noluit esse contentus hypotheca, & ita alter ex promisso suo obligatur hodie ad pignus, quod specialiter promisit, dandum. At qui hypotheca contentus esse voluit, ex illa promissione non agit actione personali, sed demum reali, si debitor in mora est.

Hypotheca
etiam tacite
constituitur.

§. IX. Præterea vero non expresso consensu tantum constituitur hypotheca, sed inducitur etiam ex tacita voluntate, veluti ex designatione a debitore creditori eum in finem facta, ut creditor sciat, ex qua re satisfactionem consequi

qui possit, si debitum non fuerit debito modo solutum, si vel maxime *de hypothecæ* expresse non facta fuerit mentio, sicut etiam fieri solet, si testator iusserit, ut legatum ex hac vel illa re præstetur; hoc enim casu res illa in specie est obligata. *l. 1. C. Comm. legat. & fideicom. NEGVSANT. de pign. p. 2. m. 4. n. 104.* Nec dici potest, quod *nudæ demonstrationis* gratia designatio loci adiecta sit; hæc enim esset superflua, nisi etiam id operaretur, ut res ipsa afficeretur, & vel vendi, vel in solutum adiudicari possit creditori. MERLIN. *L. 2. Tit. 3. q. 91.* HERTIVS *cit. l. §. 6.* Similiter ex illa formula: *fide & periculo rerum ad me pertinentium, vel per earum rerum exactionem satisfieri tibi promitto*, non pignus sed hypotheca constituitur iuxta *l. f. C. quæ res pign. oblig. poss.* Quamvis enim *hypothecæ* non facta sit mentio, iustum tamen est, voluntates contrahentium magis quam verborum conceptionem inspicere, ut ait Imperator in *cit. l. f.* Varia alia exempla subiicit B. HERTIVS *cit. l. quæ naturam hypothecæ diuersam a pignore* demonstrant.

§. X. Veniamus ad res, in quibus pignus vel hypotheca constitui potest, ratione quarum maxima diuersitas occurrat. Nam aliæ pignori dari, hypothecæ vero subiici non possunt; rursus aliæ hypothecæ supponi, sed pignori dari nequeunt. Sic prohibitum non est, omnia bona, tam præsentia quam futura, hypothecæ subiicere, *l. 1. D. de pign. & hypoth. l. fin. C. quæ res pign. oblig. poss. l. 15. de pignor. l. 34. §. 2. eod.* adeo, ut futurorum bonorum expressio in instrumento obligationis nequidem necessaria sit, sed iam subintelligatur, si vel hæc clausula tantum adsit: *fide & periculo rerum ad me pertinentium, vel per earum exactionem satisfieri tibi promitto*, quia contrahentium mens semper prævalet verborum sono. *l. 9. C. quæ res pign. oblig. poss.* B. STRYK. *V. M. L. 20. tit. 1. §. 15.* Pignoris loco dari tantum possunt præsentia, minime futura; horum enim traditio per rerum naturam est impossibilis, quæ tamen in pignore est necessaria.

cessaria. Quid? quod ne quidem *praesentia omnia* pignori dari possint, quia debitor se ita possessione omnium bonorum abdicare teneretur, quo ipso in extremam egestatem prolaberetur non tantum, sed fructu crediti priuaretur. Idem est dicendum de fructibus pendentibus & fœtibus futuris animalium, DONELL. *de pignor. C. 7.* qui licet actu nondum sint, sperantur tamen certo, hinc ius reale interim alii in iis constitui potest, per hypothecam; aut in *pignus* non cadunt. Eadem ratione hypothecam constituere potest eventualis debitor, licet nulla adhuc habeat bona: pignus non potest, nisi qui rei oppignorandæ possessionem iam habet. MERLIN. *L. 2. q. 1. n. 2.* Sunt etiam, quæ pignus recipiunt, non hypothecam, ex institutis civitatum quarundam peculiaribus. De Aegyptiis narrant, quod admodum conseruationi corporum parentum suorum defunctorum studuerint, eaque sæpe pignori quoque dederint, ut possessionem eorum in promptu semper haberent, & mutuum, iis pignoris loco datis, facilius acciperent. Sed hypothecæ hoc in casu usus nullus erat. Sine dubio enim cadauera parentum pro *carissimis* habebantur *pigneribus*, quorum derelictio in manibus creditoris non tantum nefas habebatur, sed quorum nimis longa detentio etiam debitori nociua poterat esse, eique notam impietatis inurere; unde fiebat, ut creditores illa non in manibus debitoris relinquerent, sed securitatis gratia in possessione habere desiderarent. BALDWIN. *de pign. p. m. 235.* Eodem fere modo viui homines in Hispania pignori dari possunt, ut creditori inseruiant, ad seruitiaque parati sint, usque dum satisfactum fuerit creditori. MERLIN. *l. 2. t. 1. q. 50. n. 45.* Sed hypothecam in eos nemo sibi acquirit, in primis cum liber homo alias in commercio non sit, *l. 6. C. quæ res pign. obl. poss. vel non.* & seruitia magis quam hominis corpus oppignorata videantur, quia illorum datur æstimatio, non vero corporis, ut fere in seruis Romanis contingit, qui pro dotium animi ratione vel

vel agilitate in seruitiorum præstatione maiori vel minori pretio vendebantur. Dn. PRAESES *not. ad Instit. L. 1. tit. 3. lit. d.* Verum id inter nos vsum habere vix poterit, dum nemo huius generis pignora recipere aut creditori dare possit.

§. XI. Utilior longe est hæc quæstio, an pignus in rebus *ecclesiæ* constitui possit? Equidem certum est, res *ecclesiæ* immobiles alienari non posse, nisi solennibus quibusdam adhibitis; alienationem vero omnem actum comprehendere, per quem ad translationem dominii siue in totum siue pro parte, similisque iuris in re deuenitur, *l. 14. C. de S. S. eccl. c. 5. X. de reb. eccles. alien. vel non.* adeoque nec in rebus ecclesiasticis pignoris constitutionem valere posse. CORVIN. *de person. & benefic. eccles. Tom. II. L. 7. tit. 4.* Ne igitur creditor iure suo cadat, solennia in bonorum ecclesiasticorum alienatione necessaria adhibere deber. Sed *generali hypothecæ* bona *ecclesiæ* subiicere non est interdictum, etiam si nullæ solennitates fuerint adhibitæ. *Nou. 7. c. 6. in fin.* Per hypothecam enim generalem possessio non transit in creditorem, nec res tam stricte afficitur, quam per specialem. Conf. Dn. PRAESES *in iur. eccles. Protest. L. 3. tit. 16. §. 35.* Porro prohibita quoque est rusticis oppignoratio instrumentorum rusticorum, adeo, ut creditor ea accipiens infamiam incurrat, extraordinariaque poena afficiatur iuxta *authent. agricultores. C. quæ res pignor. oblig. & l. 7. 8. eod.* quæ omnia in fauorem agriculturæ introducta sunt, ne instrumentis ablatis inculti agri iaceant. Extenditur hoc priuilegium quoque ad eum casum, si pignora capienda sunt rei iudicatæ exequendæ causa, per *l. cit. 7. 8.* nisi contingat, ut rusticus præter illa instrumenta nihil habeat. STRYK. *V. M. L. 20. tit. 1. §. 16.* Hypothecæ vero etiam illa instrumenta possunt subiici, & sub generali etiam comprehenduntur, si vel *expresse* eorum facta mentio, vel alia bona non habeat debitor, quam talia instrumenta. vid. *l. 6. de pign. & hypoth.* Alias enim si ad agricul-

In re *ecclesiæ* constitui potest hypotheca, non pignus.

Quæ differentia etiam in aliis occurrit.

turam pertinentia relinquenda essent absolute & simpliciter rusticis obærat, competentiae beneficium iis indulgeretur, quod leges tamen nullibi disposuerunt. Huc etiam respicit *ordinatio process. Saxon. tit. 39. §. 5.* his verbis: Daß man alles Werckzeuges, so einer zu seiner Kunst, Handthierung oder täglichen Arbeit bedürftig, auch der Pferde, Ochsen, Schaafe, des Saamens und anders, was man zum Ackerbau nothwendig haben muß, verschone, und dasselbe ehe nicht angreiffe, es sey denn an andern fahrenden oder liegenden Gütern auch aus denen Schulden so viel nicht vorhanden, daß sich der creditor darinnen erhohlen könne. Aliorum locorum ordinationes adducit MARTIN. *ad ord. proc. Sax. Tit. 39. §. 5. n. 12.* vbi in sequentibus communem praxin adducit, & multis autoribus comprobat. Itaque instrumenta rustica omnino comprehendendi sub hypothecæ nexu possunt, & gaudent tandem *ordinis* beneficio, ne ad ea, nisi in subsidium, deueniatur.

In feudalibus bonis quoque discrimen est inter pignus & hypothecam.

§. XII. Quod ad *feudum* attinet, notum est, quod vassallus sine domini consensu nihil quicquam suscipere possit, quod ad *alienationem* eius tendit. Hinc illud hypothecæ subiicere vel pignori aliter dare nequit, nisi requisito domini consensu, 2. *F. 55.* Equidem olim vsque ad dimidiam partem vassallus feudum oppignorare poterat, sine permissione domini. 1. *F. 5.* Sed eiusmodi oppignoratio valebat tantum, donec feudum domino aperiebatur, quo facto creditor tenebatur domino feudum gratis restituere, 1. *F. 5. in fin.* quia ius creditoris resolvitur, iure debitoris desinente. Ill. Dn. THOMAS. *diff. de causis prohibet. alienat. feud. §. 21.* Sed hæc ita obtinuerunt iure *Longobardico veteri.* Constitutio LOTHARII Imperatoris partis quoque alienationem interdixisse videtur in 2. *F. 38.*, quo cauetur, vt, si vassallus contra constitutionem LOTHARII regis beneficium alienauerit, si totum, perdat totum, si partem, perdat partem & ad dominum reuertatur. STRYV. *Syntagm. I F. c. 13. §. 9. n. 7.* In praxi quoque

quoque (sub limitatione tamen, quæ c. 1. §. 16. adducta) ita-
dem vassallus, siue totum feudum siue eius partem alienaue-
rit, vel alteri pignoris loco tradiderit, illo a domino priua-
tur, & feloniam committere dicitur, adeo vt etiam dominus,
ante *casum aperturæ*, statim totum feudum, vel partem alie-
natam, aut oppignoratam possit repetere, sicut prouisum in
2. F. 55. Videretur enim Vassallus dominum contempsisse, eius
consensum non requirendo. 2. F. 24. in fin. Ill. Dn. THOMAS.
de feud. alienab. §. 4. In hoc tamen insignis differentia ab
hypotheca cernitur. Quæ enim antea de *felonia* & *priuatio-*
ne feudi dicta sunt, de eo saltem intelligi possunt casu, si feu-
dum oppignoratam creditori etiam fuerit traditum, & va-
sallus hoc modo *perfecerit* alienationem, quantum in se fuit,
vti eleganter scribit ANDR DE ISERN. *de probib. feudor. a-*
lien. per Frideric. n. 20. per traditionem, quantum in se est, Va-
sallus transfert. ius, quod habet, faciendo totum, quod potest
scil. tradendo. conf. ROSENTHAL. *de feud. c. 9. concl. 12. n. 3.*
Ill. Dn. THOMAS. *l. c. §. 13.* minime vero delinquit, qui hy-
pothecam in feudo constituit, qua feudum in creditoris pos-
sessionem non abit. Fluxisse hanc diuersitatem non tam
ex iure Romano, quam *ex principiis iuris Germanici*, a Lon-
gobardis in nonnullis retenti, non inepte iudicat Ill. Dn.
THOMAS. *cit. l. cum secundum hæc alienationem formalem* non qui hypo-
contineat, quæ in *hypotheca* deficit. Addi tamen etiam hæc thecam consti-
ratio *ex iure Romano* posset, quod deficiente *traditione*, nec tuit.

translata in alium possessio feudi sit, adeoque nullum præiu-
diciū dominus sentiat, quod ei imminere videtur, si res ir-
requisito eius consensu in alium translata.

§. XIII. Secundum hæc supposita textus obscuriores Inde illustran-
iuris Longobardici explicari possunt. Ait compiler 1. F. tur textus ob-
5. pr. Si pro pignore plus medietate obligauerit (vassallus) scuriores.
ita, vt TRANSACTVM permittat, vel dolo hoc egerit, amissio-
ne feudi multabitur. Varie interpretantur commentatores
vocem *transactum*, ostendente Ill. Dn. THOMAS. *cit. l. §. 22.*
Quæ

quæ tamen ex *stylo medii ævi* satis lucis accipere potest. Secundum hunc *transactare* significat *possessionem aut rem in alium transferre*, ceu demonstrat Dn. FRESNE in *Glossar. med. & infim. latin. voce transactare*, & plenius exornat Dn. THOMAS. *cit. l.* Adeoque *pignus transactum* significat *pignus*, cuius *possessio vel dominium* ad creditorem est translatum, & ad hoc demum restringenda pœna feloniam commissæ. Alius locus æque obscurus occurrit 2. *Feud. 8. §. ult.* ubi compiler dicit: *Nam nec pignus, quod consultum dicitur, fieri potest in feudo.* Æque hic disputatur, quid sit *pignus consultum*? HOTTOMANNVS ad eum *text.* ait, posse intelligi *pignus cum pacto antichretico*, quod ita optime consulatur creditori; aut cum *lege commissoria*, ut videtur BITSCHIO ad 1. *F. 5. & 2. F. 8.* Alii ut RHETIVS. ad 1. *F. 5. p. 248.* & STRVV. *S. Iur. Feud. c. 13. §. 7. n. 1.* textum ita corrigendum esse putant, ut pro *consultum* legatur: *constitutum*, quæ sententia præferenda est. Vocabulum *consultum* enim congruum non habet sensum; ast *constitutum*, commode denotat *pignus*, quod non est traditum, sed *nuda conuentione* contractum. Est hæc significatio vocis *constituere*, ut adhibeatur, si quid *nude conuentum* expeditumque est inter partes sine rei traditione, adeoque *constitutum* hoc loco idem significat, quod Græco idiomate dicitur *hypotheca*, ubi *sine traditione* res feudalisis pignoris nexu afficitur. Itaque id prohibitum dicitur in *cit. text. 2. Feud. 8.* in hypotheca, quod alias etiam interdicitur debitori vasallo in *pignore*. Id tamen intelligi debet cum hoc discrimine, quod hypothecam sine domini consensu constituens non æque feloniam committat & feudum amittat, sicut is, qui pignori illud tradidit. STRVV. *l. c. §. 9. n. 5.* NEGVSANT: de *pign. p. 2. m. 2 n. 47.* Eiusmodi enim ius in re subsistit in præiudicium vasalli, & eius descendendum, & desinit, si feudum domino ex aliqua causa fuerit apertum, STRYK. de *cautel. Contr. S. 2. c. 4. §. 13.* BORCHOLT. *commentar. in consuetud. feud. c. VIII. n. 62.* Hinc recte dicitur, quod, aliena.

alienatione sub pœna prohibita pœnam non incurrat hypothecam constituens.

§ XIV. Dissolvitur pignus & hypotheca iisdem fere modis, inde ratione *dissolutionis* non potest magnum adduci discrimen inter hanc & illud. Aliquod tamen occurrit in eo, quod creditor pignus restituens debitori id remisisse credatur, & *tacita remissione* nexus pignoratitius dissoluatur. *l. 3. de pact.* Necesse tamen est, ut ratio alia redditu pignoris allegari non possit; si enim constat, pignus redditum fuisse, quia debitor eo ad festiuitates vel alias ob causas opus habuerat, remissio ex *restitutione* inferri non potest, sed commoditas tantum concessa videtur. BRUNNEMANN. *ad. l. 3. D. de pact.* Nec aliud est dispositum in. *l. 9. C. de remissione pign.* ubi ita: *Nam si recepta a creditore mancipia, quæ pignori fuerant data, hac mente socero tuo tradidisti, ut pignoris vinculum tuum dissoluatur: obligatio semel extincta restaurari non potest.* Docet enim *textus cit.* solummodo, quid denotet redditio pignorum, & quid præsumi possit ante contrarii probationem. conf. WISSENBACH. *ad D. thes. 16. de pact.* HUBER. *prælect. ad D. L. 20. t. 6. §. 5.* In hypotheca eiusmodi præsumptio non potest capi, neque *tacita remissio ex restitutione* rei hypothecatae argui; nondum enim tradita fuit creditori, ergo nec restitui potuit, aut remissio hypothecæ exinde præsumi. Præterea dissolvitur quoque pignus quandoque per *fructuum perceptionem ex oppignorata* re. Pignore enim creditori tradito, quod fructus fert, is tenetur de iure Romano eos quotannis, in quantum legitimas excedunt vsuras, in sortem computare, ut ea diminuatur, *l. 3. C. de pign. act. l. 9. C. de pign.* & si tandem per deminutionem istam tota sublata est, liberatur & dissolvitur pignus, & quidem ipso iure. *l. 1. C. de distract. pign.* Obtenent hæc non tantum in fructibus *perceptis*, sed etiam in *percipiendis*, seu qui a creditore, secundum eius conditionem & statum, honeste

H

per.

Discrimen ratione dissolutionis.

percipi potuerunt. *l. 3. cit. NEGVSAN. P. 5. m. 5. n. 1. 2.* quæ tamen de iure Romano, vt docet LAVTERBACH. *de anticbresi* multa declaratione indigent. Hodie secundum principia iuris Germanici rarius contingit, vt hoc modo debitum absorbeatur, cum, prout supra dictum est, creditor interim fructus suos faciat, nec de iis rationem reddere teneatur. Porro non fructus solum, sed *deterioratio* quoque rei pignoratæ, quæ culpa leui vel dolo creditoris fit, sortem extenuat, vel ipsum pignus soluit, si æstimetur deterioratio tanti, quantum est ipsum debitum. De hypotheca idem asseri non potest. Quæstio enim de *fructibus* incidere non potest, nec illa de *rei ipsius deterioratione*, quia in hypotheca res penes debitorem manet, qui ex ea fructus percipit iure dominii, & de deterioratione quoque nemini tenetur. Denique sunt quidam modi alii, qui vnice pignori conueniunt, non hypothecæ, veluti *abusus*, si creditor res pignori datas dolo malo tractauit, vt dicitur in *l. 24. in f. de pign. act.* quo casu illico pignus soluitur, non æque hypotheca, qua abuti creditor nequit, nisi propria auctoritate eam occupando.

Lex constituit
hypothecam,
non pignus

§. XV. Porro lex in multis casibus *hypothecam tacitam* creditoribus indulget, pignus nunquam. Sic legatario tribuitur ius reale seu hypotheca in omnibus defuncti bonis, donec legatum ei fuerit ab herede solutum, *§. 2. I. in fin. de legat. l. 1. C. commun. de legat.* non tamen in re ipsa legata, in qua habet dominium, res autem propria nemini potest esse pignori per *l. 45. de R. I.* Legatarius vero aliter *pignus* habere nequit, quam si testator in securitatem legati ei rem quandam ante mortem suam tradiderit, vt ea tamdiu vtatur, donec quantitas legata forsan fuerit soluta. Vnde sæpius latius sese extendit *hypotheca tacita*, quam *pignus*, quod tantum *speciale* est, cum hypotheca tacita vt plurimum generalis sit.

§. XVI. Accedo ad effectus primarios, qui *pignori* De effectibus
ex possessione tribuuntur, sed hypothecæ denegandi sunt, *primariis, ex*
possessio enim vti in iure peculiares suos habet effectus, *possessione pi-*
 ita quoque magna diuersitas iurium deprehenditur in *gnoris redun-*
gnore & hypotheca quoad *possessionem*; adeo vt quamuis *dantibus.*
 de iure Romano pignus dicatur manere in *bonis debitoris*,
 creditori tamen pignoratitio ex *possessione translata* plu-
 res tribuantur effectus, qui alias ipsi cohererent *dominio*.
 Non repetam, quæ antea de *immobilium rerum pignore*
 iam adducta sunt, cuius etiam fructus interim percipit,
 adeo vt vel ipsam rem debitori locare queat, *l. 37. de pign.*
act. & instar domini quodammodo in eo agat. Id tan-
 tum addo, quia creditor fructus percipit, quia pignus
 possidet, & quidem *suo nomine*, licet non *animo domini*,
 hætenus eum obligari, vt pignus sibi traditum reficiat,
 vt saluum & illibatum post debiti solutionem ad domi-
 num reuerti possit. Accedit, quod circa pignus *officio*
boni patrisfamilias fungi, seu leuem culpam præstare
 §. 4. *l. quib. mod. re contrab. obl. l. 13. §. 1. de pign. act.*
 adeoque omnia facere debeat, quæ ad *conservationem pi-*
gnoris pertinent, salua tamen facultate impensas necessa-
 rio & utiliter in pignus factas repetendi, *l. 8. pr. l. 25. de*
pign. action. de quibus vt plurimum graues suboriri so-
 lent lites, dum aliter *necessariæ*, aliter *utiles* æstimantur.
 Hæc refectio vero hypothecam habenti non incumbit,
 quippe quæ possessorem sequitur; inde & illæ lites am-
 biguæ de *impensarum liquidatione* cessant, quæ admodum
 fora fatigant, & plus damni quam lucri habent.

§. XVII. Tribuitur vero creditori, in quem pignus De possessio-
 translatum est, certo respectu *possessio naturalis* & rursus *nis in pignore*
 alio respectu *ciuilis*, cum etiam *verus possessor* dicatur. MER- *qualitate.*
 LIN. *de pign. l. 1. t. 1. q. 6. n. 3.* Et quamuis alias creditor pi-
 gnus non *animo domini* possideat, *l. 13. pr. D. de usucap. l. 36.*
D. de acquir. vel amitt. poss. effectus tamen *ciuilis possessio-*
nis, qua sibi certo modo pignus possidere dicitur, etiam ha-
 bet,

bet, *vt possit remedio possessionis retinendæ* *vti aduersus perturbantem & possessionem impediētem*, ME V. P. 5. dec. 94. MERLIN. *de pign. L. 4. q. 104. n. 9.* id quod alias nudis detentoribus non licet, sed tantum iis, qui *sibi* possident, sicuti creditor, l. 3. §. 8. *vti possid.* Licet enim debitor rem talem adhuc *possidere* dicatur, l. 36. *de acq. vel amitt. poss.* id tamen tantum *quoad certos effectus* intelligendum est, veluti quoad *vsucapionem* l. 1. §. 15. *eod.* & *vitandam satisfactionem* l. 15. §. 2. *qui satisd. cog.* non item quoad alios, *vt* I Crus in *cit. l. §. 15.* euidenter indicat; neutra vero possessio neque *civilis* neque *naturalis* adscribi potest creditori, qui *hypotheca* tantum contentus fuit, hinc nec *remedium possessorium*, possessionis retinendæ causa, in *vsu* suum trahere vel adhibere potest. Admodum inconueniens esset, si eius retentionem quis peteret, cuius possessionem nondum est nactus.

Ex specialibus iuribus. Præterea in pignore, prout supra dictum, debitori competit *pignoratitia actio* pro pignore recuperando, si debitor soluendo debitum, illud a nexu liberauit. Sed hypothecæ intuitu actio illa intentari non potest, & ne opus quidem erit actione inter debitorem & creditorem, si solutio facta, & res obligata in creditoris manus nunquam venerit, *vti* in hypotheca contingit. Lite enim nulla existente, frustra de actionis genere instituitur quæstio, & solutione facta, *ipso iure* tollitur qualitas illa rei inhærens. Porro quia creditor pignus possidet, etiam *actione ad exhibendum* tenetur. Huius remedii ea est natura, *vt* contra quemuis possessorem possit adhiberi, sicuti reliquæ in rem scriptæ actiones, adeoque contra creditorem rem pignoratam possidentem competit, quotiescunque actoris interest, *vt* ei fiat rem videndi & explorandi copia l. 3. §. 7. & *ult. D. ad exhibendum.* Dicitur enim creditor rem possidere *naturaliter & civiliter*, si traditio oppignoratæ rei quoque accesserit. l. 16. *D. de vsucap. l. 37. D. de acq. poss.* MERLIN. l. c. L. 1. t. 1. q. 6. n. 3. Et quidem competit, *sive* creditor rem adhuc possideat, & ita possit exhibere, *sive* dolo fecerit, quo minus exhibere queat;

l. 9. D. ad exhibend. nam semper pro possessore habetur, qui fecit dolose, quo minus possideret. *l. 27. §. 3. de R. V. & l. 52 eod.* Contra creditorem hypothecarium eam frustra adhiberi, facile constat; ille enim omni & naturali & civili destituitur possessione, quippe quæ apud debitorem manet, si res hypothecæ solummodo supponitur.

§. XVIII. Pignoribus quandoque adiicitur *pactum antichreticum*, unde creditor rem eo modo oppignoratam possidens *antichreticus* vocatur, peculiariaque præ aliis creditoribus hypothecariis habet iura, ut facilius ex iis, quæ iam supra monita sunt, colligi potest. Fluunt vero illa maxime ex iure, dominio utili simili, creditori competente in rem oppignoratam. *LVCA de usur. D. 9. n. 6.* Dominium enim plenum, quod antea solus habebat debitor, per *antichresin* constitutam ita quodammodo diuisum videtur, ut debitor *dominium directum* retinere dicatur, utilitas vero ex prædio, seu quod *dominium utile* dicitur, in creditorem transeat. Quæ etiam est ratio, quod creditor, expressam antichresin habens, a rationum redditione liberetur, maioresque in effectu usuras, quam alias licitum est, percipiat. *HVER. in Prælect. ad ff. L. 20. t. 1. §. 14. VOET. ad D. L. 20. t. 1. §. 24.* Neque enim huc pertinet *l. 3. C. d. pign. act.* quæ loquitur de casu, quo fructus in sortem imputandi sunt. Distingui tamen ab eo adhuc debet *utile vasalli dominium*, per quod res potest immutari, & ad vasalli usum aptari, si per illud deterior non fiat. *STRVV. Syntagm. iur. Feud. C. 13. §. 3. n. 1.* Idem enim non licet facere antichretico creditori, qui re, sicuti est, debet uti. Dominium hoc utile, quod vasallorum utili dominio quodammodo respondet, si ex moribus Germanicis æstimatur, in primis in oppignorationibus terrarum imperii, si creditor earum possessionem nanciscitur, sese exferit, in quibus plus iuris habet, quam alius creditor in pignore priuato, adeo ut *STRAVCHIVS in diss. de oppign. rer. imper. §. 32.* asserat, oppignorationes imperii pignus non proprie constituere *antichreticum*, sed magis *domi-*

Inde pignori
addi potest
pactum anti-
chreticum.

nium utile, quod tamen intelligendum, si cum iure Romano hoc pignus conferatur. Alias nihil impedit, quo minus *antichresis* dici possit, quia natura pignoris Germanici exuberantior est, quam Romani. Unde iure hoc omnes redditus percipit, nec unquam rationes reddit, aut in sortem, quod superest, imputat. Præterea quoque per traditionem iurisdictionis alias ad fundum spectantis exercitium etiam acquirit. Iurisdictione enim concessa est, ubi territorium uniuersale alicuius directioni subiicitur, *l. imperium §. 1. de iurisdict.* imprimis cum iurisdictione in fructibus etiam computetur, & ad creditorem tamdiu pertineat, donec pignus ad dominum reuertatur. vid. WEHNER *Obs. Pract. voce Pfandschilling*. Imo spectat quoque ad eundem possessorem pignoris, exercitium iuris patronatus, FINCKELTHAVS *de iur. patr. c. 5. n. 11. seqq.* STRAVCH *diff. allegat. §. 45. 46. 48.* cum aliis iurium territorialium effectibus, adeo ut etiam ius circa sacra, aliaque inde dependentia exercere possit, quod plenius deducit & illustrat Excell. Dn. GUNDLING. *de iure oppign. territor.* Deficit vero hoc ius singulare cum omnibus effectibus in hypothecario creditore, si vel maxime in totam aliquam præfecturam, ein Amt, hypothecam consecutus fuerit. Antichresis enim semper est effectus possessionis.

Etiam possessor antichreticus paria cum domino iura habet de iure Romano.

§. XIX. Ceterum etsi iure Romano in antichresi creditor dominium tale, quod iure Germanico habet, non consequatur, in pluribus tamen creditor antichreticus cum domino paria iura habet. Creditori ei, qui in præiudicium prædii oppignorati ædificat, nouum opus nunciare potest, ut opus destruat, vel cautionem præstet, *l. 9. D. de noui op. nunciat.* Dn. PRAESES *Introducet. in ius Dig. L. 39. tit. 1. §. 6.* id quod alias tantum domino prædii concessum, *l. 1. §. 19. l. 3. §. 3. de nou. oper. nunc.* adeo ut ne quidem usufructuarius proprio nomine opus nouum nunciare possit, *l. 1. §. 20. l. 2. eod.* Hypothecario certe hoc ius competere nequit. Licet enim omnibus iis nouum opus nunciare sit permissum, qui ius in re, in cuius præiudicium ædificatur, habent, *l. 1. §. 19. l. 3. §. 3.*

§. 3. *de nov. oper. nunc.* supponendum tamen est, vt etiam simul habeant possessionem, & quidem *ciuilem*, seu vt sibi possideant, SCHILTER. *ex. 42. §. 9.* vti textus allegati ostendunt. Similiter actio confessoria & negatoria tantum datur domino. *l. 2. §. 1. l. 4. §. 7 si seruit. vindic. l. 1. pr. l. 5. §. 1. si vsusfr. petat.* Ait VLPIANVS in *cit. l. 1.* *Hæc autem in rem actio confessoria nulli alii quam domino fundi competit: Seruitutem enim nemo vindicare potest, quam is, qui dominium in fundo vicino habet, cui seruitutem dicit deberi.* Similiter in *cit. l. 2. pr.* dicitur; quod *negatoria competat domino, qui negat.* Et tamen in *l. 16. de seruitutib.* utilis petitio seruitutis etiam datur illi, qui fundum pignori accepit, quod etiam confirmatur *l. vn. in fin. de remiss. & l. 9. de nou. oper. nunciat.* Nihil notius est, quam actionem finium regundorum dari inter dominos agrorum vicinorum. Et tamen etiam inter eos, qui iure pignoris possident, competere potest. *l. 4. §. 9. fin. regund.* Condictio furtiua soli domino competit, *l. 1. de condict. furtiu.* & tamen is quoque, cui pignori res data est, conductione agit, si ea subrepta est. *l. 12. in f. de condict. furt.* Similiter æque creditor, qui pignus accepit, damni infecti cautionem exigere potest, ac *dominus*, quod contra MARCELLVM VLPIANVS defendit in *l. 11. de damno inf.* Imo etiam inter eos, qui pignori acceperunt, datur utile communi diuidundo iudicium. *l. 7. §. 6. 12. 13. commun. div.*

§. XX. Differt etiam pignus ab hypotheca ^{Ratione initii} *ratione* ^{differentia est} *temporis*, quo initium eius statuendum est. Hypotheca ^{inter pignus} *eo tempore constituta censetur, seu ex eo momento, quo* ^{& hypothe-} *originem habuit principale debitum, seu contracta est obli-* ^{cam.} *gatio. l. 1. pr. qui pot. in pign.* Quod si enim negotium aliquod pure est celebratum sub hypotheca bonorum, statim incipit, *l. 5. l. 13. §. fin. ff. de pignor.* NEGVSANT. *de pign. P. 8. m. 3. n. 5.* Sin vero conditio adiecta fuerit, ad quam obligatio suspensa est, illa ante conditionem existentem non nascitur, & consequenter hypotheca tunc quoque vires capit per *l. 13. §. 5.*

§. 5. *de pignor.* ibi: Si sub conditione debiti nomine obligata sit hypotheca, dicendum est ante conditionem non recte agi; cum nihil interim debeat. MERLIN. *de pign.* L. 5. tit. 2. q. 63. n. 1. sqq. Facile hinc liquet, quid dicendum sit de hypothecae pro dote initio, an incipiata tempore contracti, an vero a tempore dissoluti matrimonii? Discernenda est hypotheca ab actione hypothecaria. Illa statim a tempore matrimonii initii capit initium. NEGVSANT. l. c. n. 1. Hæc vero eo tempore, quo coniugium dissoluitur, vel alias dos repeti potest, competit; retrotrahitur enim conditio postea existens ad diem contractus initii, & inde initium hypothecae constituendum est, id quod insignem usum in concursu creditorum habet, quando creditores iuxta prioritatem temporis sunt collocandi l. 9. & 11. D. qui potior. in pign. hab. Pignoris diuersa est ratio & causa; quamuis enim quis destinauerat rem pignori dare, non tamen ante incipit, quam data & accepta est l. 4. qui res pignor. l. 1. in f. l. 11. pr. qui pot. in pign. hab. Videlicet pignus refertur inter contractus reales, qui non perficiuntur, nisi rei traditione. Vnde res ab eo tempore quali tatem pignoratitiam induit, ex quo eius possessio in creditorem est translata.

An ab vno ad alterum argumentum trahi queat?

§. XXI. Porro in eo etiam quidam quærunt differentiam, quod non semper argumentum a pignore ad hypothecam trahi queat, adeoque lex vel statutum de pignore disponens non facile trahi debeat ad hypothecam, tum quod sint diuersa, tum quod statutum stricte sit interpretandum, quod ex hypothesis eorum, qui in hæc hæresi sunt, variis exemplis illustrat MERLINVS *de pignor. lib. 1. tit. 1. q. 4.* ipse tamen *cit. l. 8.* in contrariam abiit sententiam, quod pignus ab hypotheca non adeo differat, & quod promiscue in iure accipiantur. Neutri sententiæ subscribendum esse censeo, sed potius ex ratione legis iudicandum esse arbitror, an a pignore quoque ad hypothecam argumentum trahendum sit, quod ipse MERLIN. *cit. l. in f.* non diffitetur. Proinde si ratio statuti etiam ad hypothecam quadrat, merito quoque de

de ea debet intelligi. Quod si itaque si prohibitum est, pignus constituere sub pœna *amissionis* rei ipsius vel alia, ille pœnam non incurrit, qui hypothecam in ea re concedit, sicut etiam vasallus propter hypothecam feudo non priuatur, bene tamen si pignori creditori dedit, vti supra ostensum. *ROCCA. l. c. c. 150. n. 47.* Similiter si sub pœna testator prohibuisset oppignorationem fideicommissi, illa non trahenda esset ad hypothecam, quamvis ipsa hypotheca in præiudicium eorum, quibus fideicommissum restituendum, haud valeret. *MERLIN. c. l. n. 16.* Alia addere superfedeo, cum hinc inde exempla, quæ *rationem diuersitatis* arguunt, adducta sint.

§ XXII. Certi alias iuris est, quod debitor pignus suum semper reuere, vel rem hypothecæ suppositam solvendo liberare possit, ita vt nequidem pactum in contrarium valeat. Sed in *imperii pignorationibus*, denen Reichs Pfandschafften, occurrit discrimen inter pignus & hypothecam *ratione reuolutionis*. Status enim illius temporis, quo instrumentum pacis Westphalicæ componebatur, postulavit, vt quibusdam hoc daretur, ne liceret res imperii oppignoratas reuere, prout verba *Instrument. Pac. Art. 5. §. 26. in f.* docent: *Quod ad oppignorationes imperiales attinet, cum in capitulatione Cæsarea dispositum reperiatur, quod Electus Romanorum Imperator Electoribus, Principibus, ceterisque Statibus immediatis imperii eiusmodi oppignorationes confirmare, atque illos in eorundem tranquilla & quieta possessione defendere ac manutenere debeat; conuentum est, hanc dispositionem, donec consensu Electorum, Principum & Statuum aliter statutum fuerit, observandam esse, atque propterea ciuitati Lindaw, nec non Weisenburgo in Noricis reddita sorte oppignorationes imperiales ipsis ademptas illico & plenarie restituendas.* Idem iam antea in *capitulatione Caroli V. art. 5.* est promissum: *Wir sollen und wollen 2c. 2c.* Denen Ständen samt der Reichs Ritterschafft, ihre Regalia und Obrigkeiten, Freyheiten, Privilegien, Pfandschafften 2c. auf gebührendes Ansuchen ohne einige Weigerung, und Aufenthalt in guter beständiger

diger Form confirmiren und bestättigen, sie auch dabey als er-
 wehster Römisch. König handhaben und schützen, 2c. 2c. Sequen-
 tium Imperatorum capitulationes, VI FERDINANDI I. RV-
 DOLFI II. MATTHIAE, FERDINANDI II. FERDIN. III.
 Regis Romanorum FERDIN. IV. LEOPOLDI, IOSEPHI &
 CAROLI VI. eadem repetunt, possessoresque tueri promit-
 tunt in rerum oppignoratarum possessione, quatenus scili-
 cet pignoris loco datae sunt ante prohibitionem reuocationis.
 STRAVCH. *diff. de oppignorationibus rerum imperii, thes. 38.*
 SWEDER. *iur. publ. Part. spec. Sect. 1. c. 23. §. 5.* De hypo-
 theca vero nihil dispositum vsquam reperitur in legibus
 imperii, vel capitulationibus Cæsareis, inde debitores res
 imperii, hypothecae ante instrumentum pacis subiectas, re-
 luere, vel potius liberare non verantur.

Ius retinendi
 pignori cohæ-
 ret, non hy-
 potheca.

§. XXIII. Habet creditor, præter alia iura, ius quoque pi-
 gnus *retinendi*, vsque dum debitum fuerit solutum; hinc
 eius ratione emergit noua differentia, quod creditor, cui
 debitor ex variis causis debet, pignus etiam propter alia
 debita, quam pro quibus illud constitutum est, possit reti-
 nere, indeque ob debitum chirographarium se etiam secu-
 rum reddere. *l. vn. C. etiam ob chirogr. pec. pign. retin. posse.*
 STRYK. *V. M. L. 20. t. t. 5. §. 5.* Ad hypothecam vero hoc
 trahi nequit, sed debito soluto, propter quod constituta est
 hypotheca, illa ipso iure expirat. Retentio enim illi dari
 non potest, qui rem nunquam habuit, nec ullibi dispositum
 reperitur, quod creditor hypothecam habens in re certa,
 illam retineat vel persequi possit propter aliud debitum
 chirographarium. Quin potius hoc loco illud obtinebit,
 quod hypotheca dicatur stricti iuris & non extendatur ad
 ea, de quibus cogitatum non est. Alias retentio pigno-
 ris quoque creditori conceditur, si impensas in rem op-
 pignoratam fecerit, melioremque reddiderit. Potest enim,
 forte cum usuris licet soluta, nihilominus rei restitutionem
 denegare, vsque dum necessariae impensae sint restitutæ, id
 quod de *utilibus*, in quantum domino utilitatem præbent,
 etiam intelligendum, si debitorem non nimis grauant *l. 25.*

de pign. act. Ast in hypotheca quæstio hæc Domitiana est, cum rei hypothecatae possessionem debitor retineat, & ita de impensis in hypothecam factis moueri nequeat quæstio, nisi ex post facto hypotheca in pignus conuersa fuerit.

§. XXIV. Diuersa etiam iura habent pignus & hypo- Differentia
ratione distra-
ctionis.
theca, quoad *distraktionem* rei obligatae. Vri vero vltimum debet esse refugium distractio & alienatio rei debitoris; ita quædam obseruanda veniunt, quæ demonstrant, *bona fide* eam esse susceptam. Inde prohibetur creditor emere pignus conuentionale, adeo, vt ne alium quidem interponere possit, per quem rem acquirat, vt disponit *l. 10. C. de distr. pign.* Obuiam ire voluerunt imperatores per illam legem fraudibus creditorum, ne hi pignus vilissimo pretio vendendo debitorem decipiant. Vbi ergo omnis suspicio fraudis exulat, vbi creditor non tam procurator in rem suam, quam in rem debitoris videtur, iniquum haud est, eum eiusdem iuris cum extraneo creditore cenferi. *l. 2. C. si caus. iudicati pign. capt. sit.* ROCCA. *Disp. iur. select. C. 153. n. 26. sqq.* In hypotheca scilicet creditori non interdictum est, emere rem hypothecæ suppositam, vt aperta diuersitatis ratio demonstrat. Creditor enim propria auctoritate illam alienare non potest, quia adhuc a debitore ipso possidetur, & ab alio sine iudicis auctoritate in alterum transferri non potest. Inde necesse est, vt vel ab ipso debitore vel a iudice sub hasta vendatur res hypothecæ subiecta, quo casu creditor potior est extraneo. Præter bonam fidem in pignoris distractione requiritur etiam *solennitas*, quæ in eo consistit, vt si pignus extraiudicialiter vendendum sit, debitori semel denunciatur, adhibitis testibus, rem oppignoratam iri venditum, nisi debitum soluatur. *l. vlt. §. 1. C. de iur. dom. imp. l. 4. C. de distract. pig.* STRYK. *V. M. L. 20. t. 5. §. 6.* Vnica hæc denunciatio tamen non sufficit, vbi *pactum de pignore non alienando* fuit adiectum, sed trina tunc debet adhiberi, & post vltimam denunciationem biennium adhuc expectari, antequam pignus distrahatur. STRVV. *Syntagm. iur. Civil. Exerc. 26. d. 44.* DAMHOVDER. *de subhastat. c. 3. 72. 39.*
I 2
NEGV.

NEGVSANT. P. 6. m. 1. n. 4. HVBER. *Prælect. ad D. L. 2. t. 4. n. 6.* In hypotheca tamen magna hic adest diuersitas; in ea enim non sufficit nuda extraiudicialis denunciatio, sed iudex adeundus, ab eoque petendum, vt, debitore prius ad soluendum condemnato, & præterlapso quadrimestri spatio, quod condemnatis præstitutum est, l. 2. D. *de re iudic.* immissio in hypothecam fiat. Hac facta postea implorandus iudex, vt res hypothecæ obnoxiae hastæ subiiciantur l. 14. C. *de distract. pignor.* adeoque hypotheca non aliter, quam *auctoritate iudicis* distrahi potest. Aliquando etiam vendi potest pignus, nulla plane præcedente interpellatione, si ab initio fuerit pactum adiectum, vt certo die solutione non facta, creditor illud alienandi facultate gaudeat, TERAT. *Decis. T. 502* id quod in hypotheca iterum fieri nequit, cum eius constitutio creditori possessionem haud tribuat, & nemo sine facto iudicis possessionem hypothecæ occupare queat.

Differentia ratione variorum effectuum.

§. XXV. Alios effectus producit pignus, alios hypotheca. Hinc eorum ratione occurrit diuersitas, (1) quod illud operetur, vt creditor sit plene securus, & non tam facile pecunia sua queat defraudari, cum pignus possideat; hæc vero quandoque possit fieri inutilis, inprimis si in rebus mobilibus est constituta, illæque inter plures sparsæ, vel alias consumptæ sunt, cum mobiles facilius consumantur & in alios spargantur quam hypotheca. NEGVSANT. *de pign. P. 1. n. 6.* (2) Quod ratione præscriptionis & respectu satisfactionis quidem pro possessore non habeatur creditor pignus tenens, BRUNNEMANN. *ad l. 15. D. qui satisd. cog.* bene tamen ratione possessionis, eiusque effectuum. Quare & pignus creditori illud tribuit, vt possit commodo remedii possessorii gaudere, interdictoque *vti possidetis* agere contra eum, qui eius possessionem turbat. MEV. p. 5. dec. 94. Sed eum effectum hypotheca non habet, cum hypothecata res in creditorem non transferatur, illeque alio nisi petitorio remedio propter rem obligatam vti non possit. (3) Pignus etiam id operatur, vt creditor sibi remedio *spolii* consulere

fulere possit, si ex possessione rei oppignoratae etiam ab ipso debitore, proprio ausu deiectus est. HARPRECHT *Consult.* 20. n. 9. Eandem quidem facultatem creditori dari interdicitur *de vi & vi armata*, quippe quo omni possessori & civili & naturali, imo etiam nudo detentori contra iniuste deicientem experiri licet. *l. 1. §. 9. de vi & vi armat. l. 14. 18. eod.* Sed hoc strictius est, & violentiam praesupponit, cum remedium spoli seu *ex C. redintegrandae 3. C. 3. Q. 1.* cuicunque, qui quomodocunque possessione priuatus est, detur, de quo plenius agit Dn. PRAESES *tr. Iur. Eccles. Protestant. L. 11. tit. 13. §. 7. sqq.* Sed parem effectum hypothecae adscribi non posse, facile patet. Non enim extendi potuit *canon cit.* ad non possidentes, seu ius tantum in re habentes. Quare & hypotheca creditori non tribuit actionem spoli, si debitor forsan exciderit possessione, nec eius facile interest, quis rei hypothecae suppositae possessionem habeat. (4) Si debitor pignus creditori aufert, furtum committit per *§. 10. I. de oblig. quae ex del. nasc.* ubi dicitur: *aliquando etiam rei suae furtum quis committit, veluti si debitor rem, quam pignoris causa dedit, subtraxerit.* Tale vero quid in hypotheca contingere non potest. (5) Pignus vasallo liberationem a seruitiis praestat, si ipsi domino directo rem feudalem pignori dederit; percipit enim ipse dominus ita fructus ex feudo, ideoque seruitia, quae propter fructuum perceptionem exhibentur, ab eo postulare nequit, propter naturam conditionalium obligationum, quae in vasallo etiam occurrunt, eoque tendit, ut ex sua parte nemo obligetur ad faciendum, nisi & alter ex sua parte, quod debet, fecerit, seu ut vnus obligatio definat, simul ac causa eius cessare incipit SCHNEIDEWIN. *de feud. Part. 5. n. 107* De hypotheca, domino directo constituta, iterum aliud dicendum est, Nam, cum vasallus, hypotheca concessa, in possessione persistat, fructusque percipiat, sicut ante obligationem rei, æquum omnino est, ut seruitia etiam domino praestet. (6) Hypotheca in re aliena constituta sciente creditore, si vel maxime postea debitor dominus fiat, non dat

cre-

creditori ius agendi: possidenti autem pignus in re aliena constitutum eo casu datur retentio. *l. 1. pr. de pign. & hyp.* Confirmatur ergo pignus rei alienae a creditore sciente acceptae, sed non hypotheca. GOTHOFRED. *ad cit. loc. tit. 6.* (7) Si duo pariter de hypotheca paciscantur, ut utrique in solidum sit obligata, melior inter eos est, qui prius possessionem postea accepit. *l. 10. de pign. & hypoth.* Si duobus eodem tempore pignus datum sit, neuter potest habere prae altero praerogativam, dum utrique pignus datum fuerit, prout supra iam §. 12. in f. observavi.

Differunt de-
nique ratione
exceptionis
excussionis.

§. XXVI. Restat adhuc exponendum, quatenus pignus & hypotheca quoad exceptionem excussionis diversa iura habeant. Certum utique est, quod hypotheca simplex creditori ius quidem tribuat conveniendi possessorem quemcunque actione hypothecaria, si rem hypothecae subiectam possideat, & creditor suum creditum a debitore consequi nequeant; sed tamen non aliter, nisi principali excusso debitore. *Auth. Hoc si debitor. & c. C. de pignor. & hypoth.* Pignus vero, quod traditum est creditori, si casu fortuito possessionem amisit, repeti potest, eadem actione hypothecaria a quocunque possessore, principali debitore tamen non excusso. NEGVSANT. *l. c. p. 1. n. 7.* MERLIN. *l. c. L. 1 q. 2 n. 14.* Obligatae enim rei possessor in priori casu possessionem a debitore habuit, qui est dominus, & in alium potuit transferre dominium, salvo iure hypothecae; cum in posteriori casu possessor rei pignoratæ nullam causam a domino, sed tantummodo a creditore, & quidem invito, habeat, hinc principalis debitor actione antea pulsari non potest. NEGVSANT. *p. 8. m. 1. n. 18.* Atque hoc eo magis procedit, si remediis possessoriiis creditor agit, quibus haec exceptio opponi nequit. Sed haec *de diverso pignoris & hypothecae iure* adduxisse sufficiant. Indicaui tantum fontes, unde haec promanant, a quibus ad alia facile fieri poterit progressus.

F I N I S.

creditori ius agendi: possidenti autem pignus in realiena constitutum eo casu datur retentio. *l. 1. pr. de pign. & hyp.* Confirmatur ergo pignus rei alienae a creditore sciente acceptae, sed non hypotheca. GOTHOFRED. *ad cit. loc. tit. 6.* (7) Si duo pariter de hypotheca paciscantur, ut utrique in solidum sit obligata, melior inter eos est, qui prius possessionem postea accepit. *l. 10. de pign. & hypoth.* Si duobus eodem tempore pignus datum sit, neuter potest habere prae altero praerogativam, dum utrique pignus datum fuerit, prout supra iam §. 12. in f. observavi.

Differunt de-
nique ratione
exceptionis
excussionis.

§. XXVI. Restat adhuc exponendum, quatenus pignus & hypotheca quoad exceptionem excussionis diuersa iura habeant. Certum utique est, quod hypotheca simplex creditori ius quidem tribuat conueniendi possessorem quemcunque actione hypothecaria, si rem hypothecae subiectam possideat, & creditor suum creditum a debitore consequi nequeant; sed tamen non aliter, nisi principali excusso debitore. *Auth. Hoc si debitor. &c. C. de pignor. & hypoth.* Pignus vero, quod traditum est creditori, si casu fortuito possessionem amisit, repeti potest, eadem actione hypothecaria a quocunque possessore, principali debitore tamen non excusso. NEGVSANT. *l. c. p. 1. n. 7.* MERLIN. *l. c. l. 1 q. 2 n. 14.* Obligatae enim rei possessor in priori casu possessionem a debitore habuit, qui est dominus, & in alium potuit transferre dominium, salvo iure hypothecae; cum in posteriori casu possessor rei pignoratæ nullam causam a domino, sed tantummodo a creditore, & quidem inuito, habeat, hinc principalis debitor actione antea pulsari non potest. NEGVSANT. *p. 8. m. 1. n. 18.* Atque hoc eo magis procedit, si remediis possessoris creditor agit, quibus haec exceptio opponi nequit. Sed haec *de diuerso pignoris & hypothecae iure* adduxisse sufficiant. Indicaui tantum fontes, unde haec promanant, a quibus ad alia facile fieri poterit progressus.

F I N I S.

Böhmer, Justus Henning,

Diss. iur. inaug. de diverso pignoris et hypothecae iure

Hala 1745

4 Diss. 5165#Beibd.4

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11029704-4

VD18 14858568-001